Ein Vergleich
zwischen Mäklervertrag und Werkvertrag
mit Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Leonhard Leyser

aus Görlitz

Referendar am kgl. Amtsgericht zu Festenberg.

ACAD LIBRARY BUCH

Approbiert am 28. November 1902.

GÖRLITZ

BUCHDRUCKEREI HOFFMANN & REIBER

1903.

111

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Literaturübersicht.

Baron, Pandekten, 6. Auflage.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, Band I, 1886.
Berger, oeconomia iuris ad. us. hod. acc. 1712, ed. Winkler.
Boethke bei Gruchot, Band 45, S. 717.
Burchard in den Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages, Band 2, S. 235 flg.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band I, 2. Aufl., 1899.
Crome, Partiarische Rechtgeschäfte.
Cuiacius, opera omnia.
Dankwardt, Jahrbücher für Dogmatik, Band 13.
Dernburg, Pandekten, 3. Auflage, Band 2.
Dernburg, Preussisches Privatrecht, Band 2, 4. Auflage.
Düringer & Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, Mannheim 1892.
Eisele im Archiv für civilistische Praxis, Band 54.
Endemann, Deutsches Handelsrecht, 3. Auflage.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, Band 1, 2. Aufl.
Fischer-Henle, Commentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, München 1899.
Gareis, Handelsrecht.
Glück, Commentar, Band 15.
Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 28, S. 115 flg.
Goldschmidt, Kritische Zeitschrift für das gesamte Recht, Band 4.
Grünhut, Zeitschrift für privates und öffentliches Recht.
Grünhut in Endemann's Handbuch, Band 3.
Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im bürgerlichen Gesetzbuch, Mannheim 1898.
Jacusiel, Das Recht der Agenten und Mäkler, Heft 2, Berlin.
Keil in Holzendorff's Rechtsencyclopädie, Teil 2, Band 3.
von König-Fachsenfeld, Der Mäklervertrag im gemeinen Recht, Dissertation der juristischen Fakultät Tübingen, Stuttgart 1896.
Kuhlenbeck, Das bürgerliche Gesetzbuch, Band 1, Berlin 1899.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Berlin 1899.
Kuhn, Archiv für praktische Rechtswissenschaft, 1869, Band 6.
Laband, Zeitschrift für deutsches Recht, Band 20, Tübingen 1861.

Leske, Vergleichende Darstellung, Berlin 1898.
Leonhard, Institutionen.
Leonhard in den Verhandlungen des 17. Juristentages.
Leyser, Meditationes ad pandectas.
Makower, Handelsrecht.
Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band 1, Berlin 1900.
Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse, Commentar, Breslau 1898.
Motive, Band 2.
Neubauer, Der nicht kaufmännische Mäklervertrag in der Praxi insbesondere ALR, Berlin 1892.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
Oertmann in Grünhut's Zeitschrift, Band 24.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin 1898.
Reuling bei Gruchot, Band 40.
Riesenfeld, Der Civilmäkler, bei Gruchot, Band 36 und Band 37.[1])
Riezler, Der Werkvertrag nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Jena 1900.
Rosplatt, Zwei Streitfragen des Mäklervertrages, bei Gruchot, Band 45.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, Berlin 1897.
Siméon, Recht und Rechtsgang, Band 1, Berlin 1901.
Sintenis, Praktisches gemeines Civilrecht, 3. Auflage, Band 2.
Staub, Commentar zum Handelsgesetzbuch Berlin 1900, Band 1.
Staub, Commentar von 1891, Band 1.
Unterholzner, Schuldverhältnisse, Band 2, 1846.
von Völderndorff im Magazin für das deutsche Recht von Bödiker, Band 1.
Weyl, Vorträge über das bürgerliche Gesetzbuch, München 1898.
Weiske, Rechtslexikon, Band 7.
von Hahn, Commentar zum Handelsgesetzbuch.
Windscheid, Pandekten, 8. Auflage und 6. Auflage, Band 2.

Deutsche Juristenzeitung von 1897.
Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
Entscheidungen des Obertribunals.
Archiv für civilistische Praxis.
Sammlung von Bolze.
Seuffert's Archiv.
Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung.
Striethorst, Archiv.

[1]) Die Abhandlung Riesenfeld's in Band 37 wird der Kürze halber citiert unter Riesenfeld.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einleitung . . . . . Seite 9

§ 2. Vergleichende geschichtliche Betrachtung . . „ 10

§ 3 Aufstellung der Begriffe . . . . . „ 16

§ 4. Vergleichende Darstellung der wesentlichen Merkmale . . . . . „ 19

§ 5. Abgrenzung beider Verträge von verwandten Begriffen . . . . . „ 27

§ 6. Abschluss der beiden Verträge . . . . . „ 30

§ 7. Vergleich der Pflichten des Mäklers und Unternehmers . . . . . „ 33

§ 8. Vergleich der Rechte des Mäklers und Unternehmers . . . . . „ 41

§ 9. Endigungsgründe der beiden Verträge . . . „ 50

§ 1. Einleitung.

Der Mäklervertrag ist eins von denjenigen Rechtsgebilden, über die Theorie wie Praxis hinsichtlich der juristischen Auffassung lange Zeit schwankten. Man versuchte ihn einem der bekannten Kontrakte einzugliedern und hat ihn besonders auch dem Werkvertrage geradezu untergeordnet. Von vornherein muss auch zugegeben werden, dass der Werkvertrag derjenige Kontrakt ist, der die grösste Verwandtschaft mit dem Mäklervertrag aufweist. Auch zahlreiche und bedeutende Schriftsteller erkennen die besonders nahe Beziehung beider Rechtsinstitute an.[1]) So wird denn ein Vergleich förmlich herausgefordert. Will man einen solchen in sachgemässer Weise durchführen, so muss von dem Mäklervertrage ausgegangen und auf ihn der Stützpunkt gelegt werden. Nur das entspricht der Natur der Dinge. Denn der Mäklervertrag ist seinem Gegenstande nach das speziellere und engere Rechtsgebiet im Vergleich zum Werkvertrag. Hat doch der Mäklervertrag ein Ziel lediglich intellektueller Natur, während Gegenstand des Werkvertrages besonders häufig und vom Gesetzgeber an erste Stelle gerückt, ausserdem der materielle Erfolg ist. Da das materielle Werk besondere Vorschriften erfordert, so wird ein Vergleich hier oft unfruchtbar sein. Obgleich aber im Grunde Mäklervertrag und Werkvertrag sich nur hinsichtlich des ideellen Zieles innerlich nahestehen, so darf doch nicht die Aufgabe etwa in dieser Hinsicht beschränkt werden, sondern es wird von Vorteil sein, auch die Sätze über das materielle opus beim Werkvertrage zu betrachten. Denn nur so ist eine gegenseitige Abgrenzung auf allen Punkten möglich.

[1]) cf. Cosack, S. 545, Nr. 2; Kuhlenbeck, Commentar, S. 448; Enneccerus-Lehmann, S. 692; Oertmann, S. 378; Riezler, S. 91.

§ 2. Vergleichende geschichtliche Betrachtung.

Der Werkvertrag ist bedeutend älteren Ursprungs als der Mäklervertrag. Als Rechtsinstitut ist er schon im 6. Jahrhundert römischer Zeitrechnung vorhanden.[1]) Die Entstehung des Werkvertrages ist bei Riezler als einer der aussergewöhnlichen Fälle geschildert, bei denen aus einem öffentlichen Institut, nämlich der Regulierung des Bauwesens durch den Zensor in der Form der „Verdingung" des Bauunternehmens ein privatrechtliches entstand.

Dafür, dass die Mäklerei in juristischer Form sich erst spät entwickelt hat, spricht der Umstand, dass es noch zu Ulpians Zeiten eine ordentliche Klage auf Mäklerlohn nicht gab. „Vermittlungen von Geschäften, Freundschaften, Verlobungen u. s. w. mögen freilich schon früh vorgekommen sein, aber der Unterhändler trat zu den Parteien noch in kein obligatorisches Verhältnis." [2])

Unsere Kenntnisse von der Mäklerei beruhen lediglich auf D. 50. 14. de proxeneticis und l. 6 C. de sponsalibus et arris sponsaliciis et proxeneticis 5. 11. Diese Stelle ist nicht glossiert und daher auch nicht rezipiert worden.

Während die loc. cond. operis nur als ein Anwendungsfall der loc. cond. überhaupt [3]) angesehen, im album praetorium für sie nur eine Formel aufgestellt wurde, bei Gaius 3. 142—147, in den Institutionen des Justinian 3. 24, in D. 19. 2, C. 4. 65 es für sie nur einen Titel gab, wurde das pact. proxenet. als selbständiger Innominatkontrakt aufgefasst,[4]) hatte auch einen Titel für sich.

---

[1]) cf. Riezler, Der Werkvertrag nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, S. 2.

[2]) cf. Laband, Zeitschrift f. dtsch. R. Band 20, S. 2.

[3]) Riezler, S. 1.

[4]) Riesenfeld, S. 60 bei Gruchot, Band 37; Weiske, Rechtslex. 7, S. 15, S. 804; Glück, Comm., S. 285/286; Seuff. Arch., Band 37, Nr. 307, S. 420; Laband, S. 6, 28; Sintenis, Civilr, Band 2, § 119, Anm. 5, S. 691; Endemann, Handelsr., § 165 a. E.; Seuff. Bl. f. Rechtsanwg., Band 39, S. 390.

Auf grund der Annahme der Vorleistung des einen entstand also der Anspruch auf die Gegenleistung, beim Werkvertrag dagegen auf grund des consensus. Die Vorleistung des Mäklers bestand in der Vermittelung: facit, ut detur; auch bei der loc. cond. war im allgemeinen Vorleistung nötig, damit die Vergütung verlangt werden konnte, nur dass hier nicht erst mit der Vorleistung der Anspruch entstand. Der Mäkler war zur Vermittelung selbst natürlich nicht verpflichtet, da sie eben Vorleistung war und der Vertrag überhaupt erst zu stande kam, wenn diese erfolgt war. Der Werkvertrag dagegen war mit dem consensus perfekt, und damit erwuchs die Pflicht zur Leistung des Unternehmers. Bei den Innominatkontrakten war sonst ein Anspruch auf Erfüllung oder Leistung des Interesses, l. 5 § 1 D. 19. 5, l. 3 § 2 D. 12. 4 oder auf Zurückforderung gegeben. Der Anspruch auf Zurückforderung fiel beim pactum proxeneticum aus, da sich die Vorleistung nicht zurückfordern liess. Also verhielt es sich in diesem Punkte im Grunde wie beim Werkvertrag.

Auch sonst standen die beiden Verträge im römischen Recht weiter wie jetzt von einander. Der Begriff „opus" hatte nämlich im römischen Recht eine andere Bedeutung wie jetzt der Begriff „Werk".[1]) Unter opus war hier das Resultat einer mechanischen Verrichtung zu verstehen, l. 5 § 1 D. 50. 16, ex opere facto corpus aliquod perfectum.

Nur operae illiberales locari solitae rechtfertigten eine merces l. 5 § 2 D. 19. 5: cum do ut facias si tale sit factum quod locari solet puta ut tabulam pingas pecunia data locatio erit. Die Dienstleistungen des Mäklers dagegen wurden als operae liberales betrachtet, das proxeneticum lediglich als Honorar angesehen.

Die Vergütung ging ursprünglich bei beiden auf Geld: l. 56 § 3 D. 17. 1, § 2 J. 3. 24.

[1]) v. König-Fachsenfeld, S. 122.

Das proxeneticum konnte nicht mit einer civilis actio eingeklagt werden, l. 2 D. 50. 14.[1])

Im gemeinen Recht fiel der Unterschied zwischen klagbaren und klaglosen Kontrakten weg. So kam man dazu, den Mäklervertrag einem der römischen Kontrakte unterzuordnen. Zu welchem man aber den Mäklervertrag rechnen sollte, darüber herrschte lebhafter Streit. So begegnet die Auffassung, er sei ein Mandat.[2]) Insbesondere die Germanisten behaupteten, dass der Mäklervertrag hierzu zu rechnen sei.[3])

Weiter begegnet die Auffassung, der Mäklervertrag sei ein Dienstvertrag.[4])

Nach Laband, S. 5, ist dies der am nächsten stehende Kontrakt. Gegen ihn wendet sich Kuhn:[5]) „Auf das Mäklergeschäft könnten die Sätze von der loc. cond. operis unbedenklich angewendet werden.“[6]) Diese Ansicht hat besonders folgende Gründe für sich: Opus begreift im gemeinen Recht auch einen ideellen Erfolg in sich; der Unterschied von operae liberales und illiberales ist hier weggefallen; ebenso braucht die Vergütung beim Mäklervertrag nicht mehr im ausserordentlichen Verfahren eingeklagt zu werden.[7])

[1]) Die grosse Verbreitung, die das Gewerbe der Vermittler schon im römischen Verkehrsleben hatte, worauf der Ausdruck officinae, sowie der Satz ut multi solent zu deuten scheinen (Riesenfeld, S. 60), führte die Notwendigkeit herbei, ein Rechtsmittel auch für den Mäkler zu gewähren. So wurde denn durch praetor und praeses provinciae eine extraord. petitio gegeben.

[2]) Berger oeconomia jur. ad. us. hod. acc. 1712 ed. Winkler, S. 532 Nr. 2., cf. die bei v. Fachsenfeld, S. 114, Anm. 3 wörtlich Citierten.

[3]) citiert bei Riesenfeld, S. 33, Anm. 11.

[4]) cf. die bei Riesenfeld, S. 34, Anm. 14, Citierten: Windscheid, Pand., Band 2, S. 718, Nr. 2, 8. Aufl.; Keil bei Holzendorff, T. II, Band 3, S. 212, cf. § 5 der Darstellung.

[5]) Kuhn im Arch. f. prakt Rechtswissenschaft, Band 6, S. 254.

[6]) Ebenso Behrend, Lehrbuch, Band 1, § 58, S. 412.

[7]) Wir werden jedoch noch sehen, dass die beiden Verträge sich begrifflich von einander unterscheiden, was auch für das gemeine Recht Geltung beansprucht, dort aber nicht zur Genüge beachtet wurde: cf. § 3 und 4 der Darstellung.

Riesenfeld, S. 38, hält ihn für eine besondere Art der Innominatkontrakte.[1])

Die Vorschriften des römischen Rechts über den Mäklervertrag sind im gemeinen Recht beibehalten worden.[2])

Das kanonische Recht hat sich gar nicht mit ihm beschäftigt.

Im älteren deutschen Recht ist es weder zu einer eigentlichen juristischen Ausbildung der Mäklerei noch einer solchen des Werkvertrages gekommen.[3]) Die Anfänge einer besonderen Entwicklung im Handelsrecht fallen schon vor die Zeit der Rezeption in den Anfang des 13. Jahrhunderts.[4]) Doch sind diese Spuren zunächst geringe. In starken Fluss kam aber die handelsrechtliche deutsche Sonderentwicklung der Mäklerei erst im 15. und 16. Jahrhundert.[5])

Mit der Rezeption fand Werkvertrag wie Mäklervertrag in Deutschland Eingang.[6]) Doch hat man sich mit der loc. cond. operis wissenschaftlich erst im 17. Jahrhundert beschäftigt.

Die partikularen Gesetze wirkten fördernd für die Entwicklung des Werkvertrages, der Mäklervertrag jedoch fand in der neueren Partikulargesetzgebung nur eine spärliche Regelung. Im ALR §§ 925—980 I 11 ist der Werkvertrag nicht mehr als Sonderfall der loc. cond. behandelt, sondern als eigenartiger Kontrakt. Auch die anderen partikularrechtlichen Gesetzeswerke und Entwürfe haben dem Werkvertrag neben Dienstvertrag, Auftrag u. s. w. seine selbständige Stellung gegeben, so das sächs. BGB, A. 1243—53, der bayr. Entwurf, der Dresdener Entw., A. 634 flg. Im ALR waren dem Mäkler-

[1]) cf. v. Fachsenfeld, S. 125; cf. § 5 der Darstellung mit § 4, wo nachgewiesen wird, dass der Mäklervertrag keinem anderen Kontrakt unterzuordnen ist.

[2]) Laband, S. 24, 44; Riesenfeld, S. 61.

[3]) cf. Riezler, S 19.

[4]) Laband, S. 15.

[5]) Laband, S. 39—40.

[6]) Laband, S. 39; Riezler, S. 21.

vertrage die §§ 1305—88 II 8 gewidmet, aber diese wurden durch A. 60 des EGHGB v. 1861 aufgehoben. Seine rechtliche Natur war streitig. Er wurde unter den preussischen Juristen als Vertrag über Handlungen, 8. Abschn. I 11 wie als Vollmachtsauftrag, §§ 5 flg. I 13, behandelt.[1]) Doch entspricht das nicht dem Wesen des Mäklervertrages.[2]) Nach bayr. Partikularrecht herrschte Verwirrung.[3]) Eine Entscheidung des OAG München fasste ihn als loc. cond. operis.[4]) Das sächs. BGB vom 2. I. 1863 allein regelte in den §§ 1254—59 den Mäklervertrag näher. Nach den Motiven zu § 1254 [5]) ist er ein bedingtes Zahlungsversprechen. Ebenso behandelte ihn der Dresdener Entwurf eines Obligationenr., A. 675—80. Der Werkvertrag ist nach ALR ebenfalls ein Vertrag über Handlungen. Die Werkverdingung hat zur Voraussetzung, dass der Unternehmer ein Werkverständiger ist. Das herzustellende Werk muss im Gegensatz zum Mäklervertrag ein materielles opus sein, wie die herrschende Meinung annimmt. cf. ALR I 11, §§ 925, 869, 932.[6])

Im Mittelalter hatte sich im deutschen Handelsrecht das Mäklerwesen in eigenartigen Formen entwickelt. Das Bedürfnis führte dazu, dass der Kaufmann, insbesondere der reisende, seine Geschäfte durch Vermittler schloss, die die Verhältnisse besser kannten wie er.[7]) Nun war es aber nötig, dass diese des vollsten Vertrauens würdig seien. Daher setzte eine Gruppe von Stadtrechten eine Anzahl Männer ein, deren Zeugnis vollen Beweis erbringen sollte. So wurde der altgermanische Satz durchbrochen, dass man sich von einer jeden Verbind-

[1]) cf. Striethorst Arch., Band 79, S. 34; Neubauer, Der nicht kaufmännische Mäklervertrag in der Praxis, S. 3; cf. Rocholl in Erläuterung d. preuss. R., S. 401; cf. Riesenfeld, S. 45; cf. Leske, S. 269, Anm. 6 u. 7.

[2]) cf. §§ 3 u 4 der Darstellung.

[3]) Riesenfeld, S. 48.

[4]) Seuff. Blätt. f. Rechtsanw., Band 43, S. 238.

[5]) Abgedruckt bei Riesenfeld, S. 48.

[6]) cf. Leske, S. 259; Riezler, S. 21.

[7]) Laband, S. 11.

lichkeit durch Eid reinigen könne, ausser bei gerichtlichen Verträgen.[1])

Diese Urkundspersonen bürgerten sich im Handelsverkehr ein und erhielten ein Honorar.[2]) Sie erscheinen als eine Art von Beamten. Während sich also die Ursprünge des Werkvertrages auf ein öffentlich rechtliches Institut, nämlich das der Bauverdingung, zurückführen lassen, schleicht sich hier im Mittelalter ein öffentlich rechtliches Element ein, cf. Danziger Willkühren v. 1597 Bch. III Cap. VI A. 43: „Ihr Verdienst Besoldung, ihre Stellung Lehn." Ein besonderes Merkmal war noch die Monopolisierung der Mäklerei. Alle nicht öffentlich Angestellten, „Bönhasen", „Pfuscher", sind von der Vermittelung im Handelsrecht ausgeschlossen, Vergütung ist ihnen versagt, sie werden mit Strafe bedroht.

Während der Werkvertrag in dieser Zeit nur im gemeinen Recht lebte, insbesondere die einzelnen Territorien sich mit ihm fast gar nicht befassten, wurde das Institut der amtlichen Mäkler überall, und zwar mit grosser Uebereinstimmung geregelt.[3])

In neuerer Zeit begann man an dem Institut der amtlichen Handelsmäkler zu rütteln. Das Streben nach Handels- und Gewerbefreiheit wirkte auch hier.[4])

Das alte Handelsgesetzbuch erfüllte den Wunsch Goldschmidts[5]) und den amtlichen Handelsmäklern wurde das Recht ausschliesslicher Vermittelung entzogen.

Nach dem alten HGB von 1861 sind die amtlichen Handelsmäkler amtlich bestellte Vermittler für Handelsgeschäfte, A. 66. Sie sind keine Kaufleute. A. 272 Abs. 4. Nur A. 66—84 kommt für sie in betracht.

[1]) Ueber die Ursprünge des Sensalen cf. Goldschmidt in Zeitschr. f. Handelsr. Band 28, S. 115 flg. gegen Laband.

[2]) Näheres bei Laband, S. 19, 20 flg.

[3]) cf. Riezler, S. 19 flg.; Laband, S. 25.

[4]) cf. Riesenfeld, S. 799 bei Gruchot, Band 36; cf. über die Frage der Beibehaltung der amtl. Um. Grünhut in s. Zeitschr. II, S. 555, Grünhut in Endemanns Handb. Band 3, S. 136.

[5]) Krit. Zeitschr f. d. ges. Rechtsw. Band 4, S. 146.

Privathandelsmäkler sind diejenigen, die Handelsgeschäfte für andere gewerbsmässig vermitteln. Sie sind Kaufleute, A. 272 Abs. 4. Privatmäkler sind Vermittler von Nichthandelsgeschäften und von Handelsgeschäften im Einzelbetrieb.[1]) Die rein privatrechtlichen Normen der amtlichen Handelsmäkler finden auf sie Anwendung, wie die c. o. annimmt.[2]) Der Unternehmer ist Kaufmann, soweit er unter A. 272 Z. 1 fällt.

Quellen des Mäklervertrages sind heut die §§ 652 bis 56 BGB, §§ 93—104 des neuen HGB, 27—35 Börsenges. vom 27. IV. 1896.

Die Vermittelung von Gesindeverträgen ist nach A. 98 EGBGB der Regelung durch die Landesgesetze überlassen.

Für den Werkvertrag untersuche ich lediglich die §§ 631—651 BGB. Werkverträge finden sich auch noch im Handelsrecht, aber diese sind zu eigenartigen Instituten geworden, die hier nicht in betracht kommen.[3])

§ 3. Aufstellung der Begriffe.

Mäklervertrag wie Werkvertrag sind gegenseitige Kontrakte, die die Erreichung eines bestimmten Erfolges im Auge haben, und bei denen erst nach der Vorleistung des anderen Teiles[4]) die Vergütung gewährt zu werden braucht.[5]) Es ist der Werkvertrag der Vertrag, bei dem der eine, der Unternehmer, die Verpflichtung übernimmt, entweder eine Sache herzustellen oder einen anderen durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg zu gewähren, der andere, der Besteller dafür verspricht, die vereinbarte Vergütung zu zahlen, cf. BGB § 631.[6])

[1]) Riesenfeld, S. 62 flg.

[2]) citiert bei Riesenfeld, S. 63 und 64.

[3]) cf. § 5 der Darstellung, S. 29.

[4]) Schollmeyer, S. 54.

[5]) cf. Siméon, Recht und Rechtsweg, S. 438 No. 2; cf. Endemann, Lehrbuch, 3. Aufl., S. 795a; Riesenfeld, S. 263, ebenso S. 275.

[6]) Ähnlich Kuhlenbeck, Comm. S. 428; Planck, S. 368; Matthias, Bürg. Recht, S. 591.

Ehe sich der Begriff des Mäklervertrages aufstellen lässt, muss der Begriff der Vermittelung klar sein. Vermittelung [1]) ist 1) die Tätigkeit einer Mittelsperson, des Mäklers, welche den Zweck hat, einen Vertrag zweier anderer Personen zu stande zu bringen; 2) das erfolgreiche Resultat dieser Tätigkeit einer solchen Mittelsperson.

Versteht man unter Vermittelung eines Vertrages das Zustandegebrachtsein, also nicht eine Tätigkeit, sondern das erfolgreiche Resultat einer Tätigkeit, und zwar für die Wirkung kausalen Tätigkeit, ist man sich also darüber klar, dass schon in der Wendung „für die Vermittelung" ein kausales wie bedingtes Element liegt, so genügt als Begriffsbestimmung: Der Mäklervertrag ist ein Vertrag, bei dem für die Vermittelung eines Vertrages ein Lohn versprochen wird.[2])

Weil aber 1) Vermittelung noch den Sinn von Tätigkeit, abgesehen von dem Erfolge derselben haben kann,

2) die obengenannten Elemente in dem Worte „Vermittelung" zwar ausgedrückt, aber doch nicht ohne weiteres erkennbar sind,

3) das BGB selbst sie aufgenommen hat, möchte ich den Mäklervertrag definieren als: den Vertrag, bei dem für die Vermittelung von Verträgen Lohn versprochen wird unter der Rechtsbedingung (cond. iuris) dass der Vertrag infolge der Vermittelung zu stande kommt. Absichtlich ist in die Definition des Mäklervertrages der Begriff des Nachweises nicht aufgenommen worden, da ja dieser nur eine besondere Art der Vermittelung ist.[3]) Das bürgerliche Gesetzbuch hebt ihn offenbar nur der grösstmöglichsten Deutlichkeit und Genauigkeit wegen hervor.

---

[1]) Die Wörter auf „ung" drücken im allgemeinen sowohl eine äussere oder innere Tätigkeit, wie das Resultat einer solchen aus, z. B. Bewegung, Besorgung, Verschaffung, Bezahlung u. s. w.

[2]) cf. Leske, S. 268; Staub, Comm. 1900, S. 323; Planck, Comm. Band 3, S. 393; Enneccerus-Lehmann, S. 692.

[3]) cf. Jacusiel, S 3.

Der Begriff des Mäklervertrages ist im römischen und gemeinen Recht derselbe wie heutzutage. Zum Beweise citiere ich hier Cuiacius [1]) „Proxenetica sunt praemia quae debentur parariis et interpretibus quorum beneficio inter duos pluresque negotia contrahuntur.“ Im ALR war der Begriff nicht gesetzlich präzisiert, darum war auch die Judicatur abweichend.[2])

Der Begriff des Werkvertrages ist im ALR in zwiefacher Hinsicht enger.[3])

Auch im römischen Recht ist dieser Begriff enger, da ja das opus auf einer mechanischen Verrichtung beruhen muss.

Im gemeinen, sächsischen wie heutigen Recht ist dem körperlichen opus jeder andere Erfolg gleichzustellen.[4])

Die Begriffsbestimmung des Mäklervertrages passt in den begrifflich wesentlichen Punkten auch für das Handelsrecht, das alte wie neue. Denn das öffentliche Element der amtlichen Handelsmäkler war nur ein äusseres hinzukommendes Erfordernis, hatte mit dem Wesen des Mäklervertrages nichts zu tun.

Der Handelsmäkler unterscheidet sich vom Civilmäkler jetzt in zwei Punkten:

1) Die Geschäfte, die er vermittelt, müssen Gegenstände des Handelsverkehrs sein,

2) der Handelsmäkler vermittelt gewerbsmässig.[5])

Nicht zu verwechseln damit ist die Scheidung in kaufmännische und nicht kaufmännische Mäkler, womit sich die in kaufmännische und nicht kaufmännische Unternehmer vergleichen lässt. Kaufmännische Mäkler

[1]) Cuiacius, 50. 14 T. 1 c. 888.

[2]) cf. § 2 der Darstellung, S. 14.

[3]) cf. § 2, Seite 14 der Darstellung.

[4]) cf. Dankwardt, Jahrbüch. f. Dogm. Band 13, S. 362: Dernburg, dritte Aufl., S 305: Riesenfeld, S. 36: v. Fachsenfeld, S. 122: Meisner, S. 187.

[5]) Nicht ist das Nachweisen der Gelegenheit von Geschäften desonderes Kennzeichen des Civilmäklers, weil das auch nur eine Art ber Vermittelung ist, cf. S. 17 der Darstellung.

bezw. Unternehmer sind nach § 1 Abs. 2 Nr. 7 HGB alle Handelsmäkler, alle im § 1 HGB aufgeführten Unternehmer, cf. Nr. 2, 5, 6.

3) die Civilmäkler und Unternehmer, für die die Erfordernisse des § 2 HGB bestehen, also es vermittelt z. B. jemand Geschäfte, die nicht Gegenstand des Handelsverkehrs sind, es übernimmt jemand Erfolge, die nicht zu denen in § 1 Nr. 2, 5, 6 HGB aufgeführten gehören, aber in einen kaufmännischen Betrieb mit eingetragener Firma.

Die amtlichen Handelsmäkler sind beseitigt. Es können aber die Privathandelsmäkler für gewisse Fälle öffentlich bestellt werden, cf. §§ 373, 379 HGB.

Die Kursmäkler haben öffentliche Funktionen nur hinsichtlich der Kursfeststellung, § 30 des Börsenges. v. 22. VI. 1896. Als Mäkler sind sie nicht öffentliche Personen. Auch der Begriff der Gesindemäkler ist nicht von dem gewöhnlichen des Mäklers verschieden. cf. EGBGB A. 95, GO § 35 Abs. 3.

§ 4. Vergleichende Darstellung der wesentlichen Merkmale.

Wie bei jedem Vertrag muss auch bei unseren beiden Verträgen zunächst ein consensus zu stande gekommen sein. Über welche Punkte muss nun ein solcher vorliegen?

Das erste und hauptsächliche Erfordernis bei beiden Verträgen ist ein bestimmtes Resultat von Bemühungen. Auch beim Mäklervertrag soll ein bestimmter Erfolg erreicht werden.[1]) Dieser aber ist ein lediglich ideeller.

Unter dem Erfolge des Werkvertrages ist zu verstehen:

1) Herstellung oder Veränderung einer Sache,

2) ein sonstiger Erfolg.

Nach 675 BGB ist auch die Geschäftsbesorgung Gegenstand des Werkvertrages. Der Begriff der Ge-

[1]) cf. Riesenfeld, S. 263, S. 275; Kuhlenbeck, S. 281; Siméon, S. 438; Enneccerus-Lehmann, S. 692 Nr. 2; Riezler, S. 91.

schäftsbesorgung muss untersucht werden und ferner festgestellt werden, wie er sich zu dem der Vermittelung verhält.

Über den Begriff der Geschäftsbesorgung sind die Meinungen geteilt. Nach den einen ist der Begriff derselbe wie in § 662.[1]) Hält man diese Auffassung für richtig, dass der Werkvertrag wie der Auftrag auch auf jede faktische Verrichtung geht, dass das einzige Unterscheidungsmerkmal zwischen Werkvertrag und Auftrag die Entgeltlichkeit sei, so muss man folgerichtig wie Hachenburg zu dem Schlusse gelangen, dass alle Vorschriften des Auftrages, die nicht auf der Unentgeltlichkeit beruhen, auf den Werkvertrag anzuwenden seien.[2]) Nun ist das aber nicht der Fall, cf. § 675 BGB. Ferner wäre der Relativsatz in § 675 überflüssig. Offenbar ist also der Begriff Geschäftsbesorgung in 675 enger wie in 662.[3])

Die Abgrenzung freilich ist schwer. Es wird die Sachlage des einzelnen Falles entscheiden müssen. Ich pflichte daher der Meinung von Enneccerus-Lehmann, S. 705 bei, der darunter versteht: Besorgungen, „die man im Leben als Geschäfte zu bezeichnen pflegt.“ Eine Art Geschäftsbesorgung ist hiernach auch die Vermittelung, und die Vermittelung eines Vertrages kann daher auch Gegenstand des Werkvertrages sein, nämlich dann, wenn das Moment des Werkvertrages hinzutritt, dass der Erfolg gewährleistet wird.

Abgesehen davon, dass der Begriff Erfolg beim Werkvertrag ein weiterer ist wie beim Mäklervertrag, ist er auch sonst noch verschieden, und zwar dadurch, dass er beim Mäklervertrag durch das zweite Element desselben, die Rechtsbedingung, eine bestimmte Färbung erhält. Der Erfolg ist nicht wie beim Werkvertrag

---

[1]) So vor allen Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 14–33; Riezler, S. 75; Crome, partiar. Rechtsgesch., S. 256.

[2]) Hachenburg, S. 33.

[3]) Oertmann, S. 609; Enneccerus-Lehmann, S. 705; Cosack, S. 536, 508; Siméon, S. 444; Schollmeyer, S. 40.

ausschliesslich vom Willen des Kontrahenten abhängig,[1]) sondern es muss eine zweite Kausalreihe hinzutreten. Der Erfolg des Mäklervertrages ist eben „Vermittelung eines Vertrages", und dieser Vertrag erfordert noch Konsens der Kontrahenten. Der Erfolg ist ein abhängiger Erfolg.

Der Erfolg des Werkvertrages ist lediglich auf die eigene Verursachungstätigkeit, auf das eigene Wollen und Handeln des Unternehmers gestellt, der des Mäklervertrages ist dagegen von anderen Faktoren abhängig.

Das zweite Element des Mäklervertrages, das ihn so wesentlich vom Werkvertrage unterscheidet, ist die Rechtsbedingung, dass der Mäklerlohn nur beansprucht werden kann, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder der Vermittelung zu stande kommt. Nicht liegt hierin eine gewöhnliche Suspensivbedingung. Denn dieselbe wird nicht von den Parteien hinzugefügt, sondern das Recht selbst verlangt sie, damit ein Mäklervertrag vorliegen soll. Die Vorschriften der Bedingung finden im allgemeinen auf die cond. iur. nicht Anwendung.[2]) Gewicht ist darauf zu legen, was bedingt ist, nämlich nur die Verpflichtung zur Entrichtung des Lohnes, nicht etwa auch eine Verpflichtung des Mäklers auf der anderen Seite. Das Vorhandensein dieser Bedingung bewirkt vielmehr, dass eine Verpflichtung für den Mäkler gar nicht besteht, seine Vermittlertätigkeit auszuüben, ebensowenig freilich eine solche für den Geschäftsherrn abzuschliessen.[3]) Während also beim Werkvertrag die Gewährleistung übernommen wird, besteht hier nicht einmal eine Verpflichtung. Daher kann der Meinung nicht beigetreten werden, die eine solche Verpflichtung

[1]) Riesenfeld, S. 571.

[2]) cf. Eisele, Arch. f. civ. Prax. Band LIV, S. 109 flg.; Eisele, S. 125, will lediglich als Folgen angewendet wissen: 1) „ungewissen Zustand während der Pendenz, Retrotraktion bei Erfüllung, 2) das Analogon bei der Defizienz": cf. Windscheid, S. 272, 6. Aufl.; cf. l. 21 D. 35 1: Multum interest conditio facti an iuris esset u. s. w.: cf. Fischer, Anm. 2 zu § 158 BGB; Riesenfeld, S. 541.

[3]) cf. Riesenfeld, S. 275—76; Staub, S. 323 unter I 1.

ausspricht.[1]) Nicht soll damit gesagt sein, der Mäkler hätte überhaupt nicht Pflichten. Wird er tätig, so unterliegt auch sein Verhalten den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben, wie es in § 242 des BGB ausgesprochen ist.[2]) Abgelehnt werden muss daher auch die Ansicht, der Mäklervertrag sei ein einseitiges bedingtes Versprechen. Fasst man die Mäklerei gar nicht als Kontrakt, so wäre die Folge, dass der Mäkler nur für dolus haftet.[3])

Aus den Worten „für die Vermittelung" muss man herauslesen, dass ein Vertrag vorliegt. Denn die Parteien werden ja damit in Vertragsgegensatz gestellt. Aber noch mehr wird mit dem „für" ausgedrückt, nämlich, dass wie beim Werkvertrag ein gegenseitiger (synallagmatischer) Vertrag vorliegt. Muss also auch nicht eine Verpflichtung zur Leistung vorhanden sein, so stehen doch Leistung und Gegenleistung in Abhängigkeit von einander, sind eine ohne die andere nicht denkbar.[4])

Besteht auch beim Mäklervertrag keine Verpflichtung, so ist doch durchaus möglich, dass der Mäkler die Verpflichtung übernimmt, den Erfolg herbeizuführen, tätig zu werden. Es kann Riesenfeld [5]) nicht zugegeben werden, dass dann ein Mäklervertrag nicht vorliegt. Es ist ja durch die Übernahme der Verpflichtung nichts an dem Wesen des Mäklervertrages geändert, insbesondere ist die Rechtsbedingung, die dem

[1]) Dernburg, preuss. Privatr., 4. Aufl. Band 2, § 190, S. 555; cf. Meisner, R. d. Schuldverh., S. 202; cf. aber Motive Band II S. 511; cf. Crome, partiar. Rechtsgesch., S. 41, 54; cf. Oertmann, S. 377; cf. v. Fachsenfeld, S. 69.

[2]) cf. Riesenfeld, S. 277; ebenso Planck, S. 394 o. cf. Staub, S. 233 Anm. 28.

[3]) cf. Burchard in den Verhandl. des 24. deutsch. Juristentages, 2. Band, S. 235 flg. insbesondere 240; ebenso Dresdener Entw. A. 575—89; cf. Reuling bei Gruchot, Band 40, S. 193; cf. Endemann, § 175 Nr. 2.

[4]) cf. über gegenseitige Verträge Windscheid 1868, S. 199; cf. Fischer, Comm. Vorbemerkung zum 4. Tit. des I. Bch. zum BGB; cf. Matthias, S. 600.

[5]) Riesenfeld, S. 847.

Mäklervertrage seinen eigenartigen Charakter verleiht, durch die Übernahme der Verpflichtung nicht eliminiert; denn diese bezieht sich ja auf des Geschäftsherrn Verpflichtung, hier aber verpflichtet sich der Mäkler: Wenn der Vertrag zu stande gekommen ist, soll der Geschäftsherr einen Lohn zahlen. Nun ist der Vertrag zu stande gekommen, nur hatte noch der Mäkler das Zustandebringen übernommen. Also es liegt ein Vertrag vor, der sowohl dem Wesen des Mäklervertrages wie Werkvertrages entspricht.[1])

Nichts hindert dem Mäkler die Verpflichtung auch zu einzelnen Dienstleistungen aufzuerlegen. In diesem Falle wäre ebenso Dienstvertrag neben Mäklervertrag anzunehmen. Aber nicht kann der Meinung gefolgt werden, der Mäklervertrag sei Dienstvertrag oder Werkvertrag je nach Art der Verpflichtung; denn im Mäklervertrage selbst liegt solche nicht.[2])

Die Rechtsbedingung ist wieder in zwei Elemente zu zerlegen, in das bedingende und das kausale.

Die Kausalität zwischen Zustandekommen des Vertrages und der Vermittlertätigkeit ist das dritte wesentliche Erfordernis des Mäklervertrages. Kausalität zwischen hergestelltem Erfolge und Tätigkeit muss natürlich auch beim Werkvertrage vorhanden sein. Hier aber ist die Kausalität eine selbstverständliche Voraussetzung und daher nicht besonderes Merkmal des Werkvertrages.

Beim Mäklervertrag aber sind 3 Kausalreihen zum Erfolge nötig: 1) die Vermittlertätigkeit; 2) die Willensentschliessung zweier Kontrahenten zum Vertrage; 3) die Kausalität dieser Willensentschliessung und der Vermittlertätigkeit, indem erstere die Folge von letzterer sein muss. Daher ist es beim Mäklervertrag notwendig, die Kausalität zwischen Tätigkeit des Mäklers und Zustande-

[1]) Ich pflichte also der Ansicht von Staub, S. 323, Cosack, bürg. R. I. § 152, S. 548 d und 545 Nr. 2, Planck, Band 1, Vorbm., S. 393, Kuhlenbeck, Comm., S. 448 bei.

[2]) Düringer & Hachenburg, S. 283.

kommen zum besonderen gesetzlichen Erfordernis zu erheben. Sie ist nicht selbstverständliche Voraussetzung.

Nicht gestört wird die Kausalität durch Übertragung des Unternehmens, der Vermittelung auf Gehilfen, Vertreter, Untervermittler.[1]) Die persönliche Ausführung ist nicht wesentliches Erfordernis der beiden Verträge wie beim Dienstvertrag, cf. § 613 BGB. Anderes nahm das ALR I 11 §§ 928—29 für den Werkvertrag an. Gehilfen und Mitarbeiter durfte aber der Unternehmer zuziehen.[2])

Nicht juristisch fassbar, aber doch zum Wesen beider Verträge gehörig ist eine bestimmte Tätigkeit. Wie Boethke[3]) gegen Riezler nachweist, darf man jedoch nicht von der Tätigkeit als „besonderem notwendigen Vertragselement" sprechen, man kann aber auch nicht sagen, dass nur für den Arbeitserfolg bezahlt wird; „denn dann könnte man für den Arzt, Rechtsanwalt nicht Werkvertrag annehmen im Falle eines ungünstigen Ausganges, sondern die Arbeit ist dem Erfolge immanent, steckt in ihm, der Erfolg erscheint als Arbeitsganzes, als die universitas consumationis sc. operarum 1. 51 § 1 D. 19".

„Arbeit und Erfolg sind eins." Dasselbe gilt vom Mäklervertrag. Die Tätigkeit des Mäklers ist eine ganz unbestimmte, eher wird sich schon die des Unternehmers aus der Art des herzustellenden Erfolges bestimmen lassen. Es lässt sich für den Mäkler nur sagen, dass er alles tut, was zur Vermittelung gehört,[4]) seine Tätigkeit ist nur vorbereitender Natur. Allein der Handelsmäkler hat noch eine beurkundende Tätigkeit, HGB § 94.[5]) Durch ein Unterlassen kann weder beim Werkvertrage noch Mäklervertrage das Ziel des Vertrages erreicht werden.[6])

[1]) Staub, S. 331, Anm. 26; cf. Oertmann, S. 352.

[2]) cf. Dernburg, Privatr., Band 2, § 199, S. 600.

[3]) Boethke, bei Gruchot, Band 45, S. 717, gegen Riezler, S. 30 flg., S. 45.

[4]) cf. Riesenfeld, S. 278, S. 267—68: Sie muss nicht umfangreich sein, cf. Planck, S. 393.

[5]) Riesenfeld, S. 266.

[6]) Riesenfeld, S. 268; Planck, S. 395.

Nicht wesentliches Erfordernis beim Werkvertrage ist die Abnahmepflicht. Denn, wie das Gesetz selbst hervorhebt, gibt es ja Fälle, wo eine Abnahme gar nicht möglich ist, und doch liegt ein Werkvertrag vor.

Nicht kommt für den Mäklervertrag als besonderes Merkmal hinzu eine objektive Stellung über den Parteien, wie Düringer und Hachenburg, Riesenfeld u. a. annehmen.[1]) In der früheren Rechtssprechung war das eine der bestrittensten Fragen.[2]) Auch folgt jene weder aus dem BGB noch HGB. § 654 ergibt sogar die Verpflichtung, nicht vertragswidrig dem anderen Teil gegenüber tätig zu werden, und es ist aus ihm nur die Schlussfolgerung zu ziehen, dass der Mäkler auch für den anderen Teil tätig werden kann, aber nicht muss. Beim Vermittelungsmäkler wird sogar, wie Staub ausführt,[3]) regelmässig die Übernahme von Aufträgen von beiden Teilen eine Kollision der Interessen bedingen: „denn ein Vorteil des einen ist regelmässig ein Nachteil des anderen".[3])

Beim Handelsmäkler ist das Gegenteil allerdings der Normalfall, aber „der gesetzlich dispositive"[4]) § 99 HGB.

Dass der Mäkler zu dem anderen „in ein Dienstverhältnis treten müsse",[5]) ist unrichtig.[6]) Düringer[1]) folgert aus dem Ausdruck „Parteien" in 98 u. 99 HGB und sagt, dass „die Kontrahenten ‚ihm gegenüber' die

---

[1]) Düringer u. Hachenburg, S. 281; Riesenfeld, S. 556.

[2]) Für das ALR sagt Rocholl, S. 402: „Die Annahme, der Proxenetikumsvertrag sei eine Art Auftrag, hat offenbar nur den Zweck, die Anwendung des § 22 I 13 ALR zu ermöglichen." Das Ob.-Trib. nahm denn auch an, dass der Mäkler nur zu dem einen in ein kontraktliches Verhältnis treten dürfe, z. B. Entscheidung des Ob.-Trib., Band 23, Nr. 32, S. 308, und Strieth. Arch., Band 5, Nr. 20, S. 95. Nach dem Reichsgericht kam es darauf an, dass der Mäkler — der Handelsmäkler — unparteiisch die Interessen beider vertrat. Im übrigen darf § 22 nur angewendet werden, wenn festgestellt wird, dass die Interessen beider einander entgegenlaufen. ERG v. 5. IV. 1881, Band 4, Nr. 80, S. 290 flg. ERG vom 17. X. 1887, bei Bolze, V, Nr. 582.

[3]) Staub, S. 332, Anm. 27.

[4]) Staub, S. 324, Anm. 3.

[5]) Riesenfeld, S. 273.

[6]) Staub, S. 334, Anm. 3.

Parteien seien". Diese Auffassung erscheint mir gekünstelt und entspricht nicht dem Wortlaute des Gesetzes.[1])

Das letzte Element bei beiden Verträgen ist die Vergütung. Wird eine solche ausgeschlossen, so liegt weder ein Mäklervertrag noch Werkvertrag vor. Im römischen Recht konnte sie nur in Geld bestehen, § 2 I. 3. 24. Worin sie jetzt besteht, ist gleich. Sie kann festgesetzt werden nach Prozenten des Ertrages des zu vermittelnden Geschäftes, des Werkes. Die sogenannte Tantième ist möglich.[2]) Nur darf eine solche hinter der Höhe einer normalen Vergütung nicht zurückbleiben.

Die Höhe der Vergütung braucht nicht bestimmt zu sein, muss nur bestimmbar sein. Es entscheidet dann eine bestehende Taxe, wenn eine solche nicht besteht, die Verkehrsüblichkeit, cf. BGB § 632 Abs. 2, § 653 Abs. 2. Für die Taxen kommen die §§ 72—80 der Gew.-O. in Anwendung. Im Handelsverkehr entscheiden wohl meist Handelsbräuche, soweit Mäkler, Unternehmer Kaufleute sind.[3]) Eine zu hohe Vergütung kann durch den Richter ermässigt werden, wenn die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen sollte, aber nicht erfolgte, BGB § 315. Bei der Vermittelung eines Dienstvertrages gilt das Besondere, dass sie auf Antrag durch Urteil herabgesetzt werden kann.[4])

[1]) cf. Kuhn, S. 243; Staub, S. 337, Anm. 6; Jacusiel, S. 8.

[2]) Riezler, S. 38.

[3]) cf. Staub, S. 342, Anm. 5; cf. v. Fachsenfeld, S. 98.

[4]) „Auf diese Weise sind die strengeren Erfordernisse des Wucherverbotes nicht nötig." Siméon, Seite 139 40. Die hohe Provision fällt im allgemeinen jedoch nicht unter den Wucher: Riesenfeld, S. 275; Kuhlenbeck, Von den Pand. z. bürg. Gesetzb., S 282: „Im allgemeinen ist ein besonderes Vertrauen gegen berufsmässige Mäkler nicht gerechtfertigt. Mit Rücksicht auf die wucherische Ausbeutung der auf Stellenvermittelung angewiesenen Personen ist diese Beschränkung der sogenannten Vertragsfreiheit durchaus zu billigen." Hieraus ergibt sich noch ein dem Mäklervertrag eigentümliches, freilich nur äusserliches, nicht juristisches Merkmal: Der Mäkler geniesst vielfach nur geringes Ansehen. Die Römer bezeichneten das Gewerbe als sordidum. cf. Riesenfeld, S. 822 823: cf. Kuhn, am Anfange seiner Abhandlung.

Für das gemeine Recht besteht für die Vergütung des Mäklervertrages ebenfalls das Ermässigungsrecht. Es kann der Ansicht Riesenfelds nicht beigetreten werden, dass die Auslegung des Wortes modus in 1. 3 D. 50. 14 de proxenetico solent praesides cognoscere ut et in his modus esse debeat et quantitatis et negotii gesucht sei,[1] [2] weil ja auch moderari die Bedeutung ermässigen hat.[3]

„Der richtige Massstab für das Honorar des Mäklers ist die Wichtigkeit des Geschäfts.“ [4]

Wird von jemandem ein Anspruch aus Werkvertrag oder Mäklervertrag hergeleitet, so müssen diese wesentlichen Merkmale, die zur Entstehung des Anspruches notwendig sind, von dem, der einen Anspruch behauptet, bewiesen werden, der andere muss behaupten und beweisen, was die Entstehung desselben anormal hindert oder aufhebt. Nicht beim Mäklervertrag, jedoch beim Werkvertrag gibt es eine Umkehrung der Beweislast[5] durch die Abnahme. Keine Abnahmepflicht ist vorhanden, wenn sie nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen ist, BGB § 646. Dass dies der Fall ist, muss der Besteller beweisen.[6]

§ 5. Abgrenzung beider Verträge von verwandten Begriffen.

Selbständige Stellung im System.

Es muss, nachdem das Wesen der Verträge selbst festgestellt ist, eine Abgrenzung beider Verträge von ähnlichen Begriffen gegeben werden wegen der vielfachen Verwechselungen, die besonders im gemeinen Recht vorkamen, und weil man erst dann das Wesen beider Verträge selbst versteht. Natürlich kann nur das Haupt-

[1] Riesenfeld, S. 562.
[2] cf. Leyser, vol. XI spec. 682, med. 8—10.
[3] cf. v. Fachsenfeld, S. 100; cf. Kuhn, S. 241.
[4] Laband, S. 6; Riesenfeld, S. 565 ebenso.
[5] cf. Jacusiel, S. 34.
[6] cf. weiteres bei Oertmann, S. 361; 2a gegen Riezler, S. 151.

sächliche hier gesagt werden. Besonders häufig wurde der Mäklervertrag als Auftrag aufgefasst.[1])

Von diesem scheiden sich beide Verträge durch die Unentgeltlichkeit des Mandats: mandatum nisi gratuitum nullum est: l. 1 § 4 D. 17. 1. Das gemeine Recht liess ein Honorar auch beim mandatum zu, aber die Unentgeltlichkeit ist „nur der äussere Grund, der tiefere liegt in der Gesinnung, aus welcher die Übernahme des Geschäfts hervorgeht".[2]) Die synallagmatische Natur der beiden Verträge fehlt dem Mandat. Nicht ist „die Vergütung der einzige Hebel".[3]) l. 22 D. 19. 5. Das Wort Auftrag entscheidet ebenfalls nicht.[4])

Auch § 662 BGB spricht die Unentgeltlichkeit aus.[5])

Im gemeinen Recht, besonders von den Germanisten,[6]) im ALR[6]) wurde der Auftrag vielfach mit Vollmacht identifiziert und der Mäklervertrag als Vollmachtsauftrag behandelt. Vollmacht bezieht sich jedoch auf „das externe Verhältnis".[7]) Sie ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, berechtigt nur, ohne zu verpflichten wie unsere beiden Verträge. Vollmacht und Auftrag sind von einander unabhängig. Die Vollmacht wird dem dritten gegenüber erteilt.

Auf der Vollmacht kann die Stellvertretung beruhen. Sie liegt vor, wenn jemand „eine rechtsgeschäftliche Willensäusserung als Vertreter eines anderen abgibt".[8]) Die Vertretungsmacht selbst heisst auch Vollmacht.[9]) Der Vertreter handelt anstatt des Vertretenen in dessen Namen mit eigener Willensbildung.[10])

[1]) cf. § 2 der Darstellung, S. 12.
[2]) Riesenfeld, S. 62.
[3]) Laband, S. 4.
[4]) v. Fachsenfeld, S. 114.
[5]) Über die Beziehung des Werkvertrages nach 675 BGB und Auftrages; cf. § 4 der Darstellung, S. 19.
[6]) cf. § 2 der Darstellung, S. 12 u. S. 14.
[7]) Oertmann, S. 392.
[8]) Cosack, S. 215; cf. 218 III; cf. 219 I. 1.
[9]) Weyl, S. 273; Kuhlenbeck, Comm., S. 111.
[10]) Weyl, S. 274; Jacusiel, S. 3.

Der Botengang kann einen Werkvertrag darstellen. Der Vermittler ist aber nie ein blosser Bote. Der Bote fasst keinen eigenen Willen.

Der Mäkler handelt auf grund eigenen Willensentschlusses, aber erklärt nicht den Willen an Stelle eines anderen mit Wirkung für den anderen, sondern veranlasst nur den anderen, selbst den Willen zu erklären. Der Mäkler führt bis zur Schwelle des Erfolges, aber nicht in den Tempel des Erfolges. Insofern der Besteller den Unternehmer bevollmächtigt, kann auch der Werkvertrag Stellvertretung im Gefolge haben. Das gilt besonders für Werkverträge, die auf eine Geschäftsbesorgung gehen. Vielfach sind solche Werkverträge vom Gesetz zu selbständigen Rechtsinstituten gemacht, und es ist ihnen eine besondere juristische Färbung gegeben. Solche Werkverträge sind bei Riezler aufgezählt. Sie nehmen eine qualifizierte Natur an.[1]) Man könnte sie als die Familie des Werkvertrages bezeichnen, z. B. das Transport-,[2]) Speditions-,[3]) Kommissionsgeschäft,[3]) Agenturvertrag.[3]) [4])

Nicht verwechselt werden dürfen unsere beiden Verträge mit dem Dienstvertrage. Wie der Name sagt, ist Gegenstand des Dienstvertrages die Leistung von Diensten, während beim Werkvertrag wie Mäklervertrag „ein einheitliches Resultat ohne Rücksicht auf das zu verwendende Arbeitsquantum, universitas consumationis“,[5]) ins Auge gefasst ist. Der Dienstvertrag erzeugt ein

---

[1]) Riezler, S. 79 flg.

[2]) Auch Staub, Band 2, S. 1505, Cosack, S. 422, fassen das Transportgeschäft als Werkvertrag auf wie schon früher RG 15, S. 76, 25, S. 112.

[3]) Makower, S. 144, RG 31, S. 60 sehen in dem Agenturvertrag einen Werkvertrag: für Agentur-, Commissions- und Speditionsgeschäft will Staub, 1. Band, S. 305, 2. Band, S. 1472, 2. Band, S. 1419, Gareis, Vorbem. zu § 383, die Vorschriften über den Dienstvertrag angewendet wissen; cf. aber Düringer und Hachenburg 1898, S. 42.

[4]) Riezler, S. 83; cf. Kuhlenbeck, V. d. Pand. z. bürg. Ges., S. 281.

[5]) Oertmann, S. 238 unten; cf. Meisner, S. 188; cf. Siméon, S. 427, 438 mit 420; Riesenfeld, S. 36.

Subordinationsverhältnis. Mäkler wie Unternehmer stehen hinsichtlich ihrer Tätigkeit frei da, nur der Rücksicht auf Treu und Glauben unterworfen. Vom Agenturverhältnis hebt endlich das Gesetz noch den Mäklervertrag ab durch das Moment der ständigen Betrauung des Agenten; cf. § 93, Abs. 1; cf. § 84, Abs. 1 HGB.

Aus Vorstehendem ergibt sich, dass Mäklervertrag und Werkvertrag eigenartige selbständige Verträge sind,[1]) die daher auch ihre eigene Stellung im Gesetz beanspruchen. Sie sind nicht aus anderen Verträgen zusammengesetzt. Ihr Gegenstand ist „Arbeit" im weiteren Sinn,[2]) und zwar ist die Art der Vergütung Stücklohn. Die eigenartige Stellung der beiden ist erst in der neuesten Zeit erkannt worden. Für den Werkvertrag war das ALR, für den Mäklervertrag das sächs. BGB bahnbrechend.

§ 6. Abschluss der beiden Verträge.

Die Voraussetzungen für den Abschluss der beiden Verträge sind nur die allgemeinen. Im Mittelalter war für den Mäkler noch das besondere Erfordernis vorhanden, dass er beeidigt sein sollte. Dasselbe galt für den Handelsmäkler des AHGB, Art. 66, Abs. 2.

Der Abschluss erfolgt durch die Willenseinigung der beiden Kontrahenten über die in § 4 der Darstellung gekennzeichneten wesentlichen Merkmale. Nichts hindert, dass die Parteien noch andere Momente als wesentlich bezeichnen, § 154 BGB. Durch Offerte und Annahme kommt der Konsens zu stande.[3]) Der Auftrag wird meist vom Geschäftsherrn, Besteller ausgehen, beim Mäklervertrag ist jedoch häufig der Mäkler der anregende Teil, und der Geschäftsherr erklärt sich mit dessen Vorschlägen einverstanden. Beim Werkvertrag wird gewöhnlich der Vertrag nicht so zu stande kommen, weil es der Geschäfts-

[1]) Nicht ist, wie Oertmann, S. 329, Düringer und Hachenburg, S. 282 sagen, der Mäklervertrag eine besondere Abart des Werkvertrages.

[2]) Riesenfeld, S. 53; Siméon, S. 427, 438; cf. Endemann, Handb., Band 2, § 236, S. 379 II.

[3]) Riesenfeld, S. 54; Riezler, S. 30.

betrieb eines Unternehmers im allgemeinen nicht mit sich bringt, den anderen aufzusuchen.

Eine Einteilung der Verträge in generelle und spezielle, je nachdem das abzuschliessende Geschäft nur gattungsweise bestimmt ist oder ein ganz genau bezeichnetes sein soll,[1]) ist beim Werkvertrag nicht möglich. Denn hier geht der Auftrag immer auf einen bestimmten Erfolg, cf. § 631 BGB: „Herstellung des versprochenen Werkes." Zur Annahme eines Vermittelungsauftrages verpflichtet ist der Sensal des alten HGB.[2]) In gewissen Fällen durften aber die Handelsmäkler ihre amtlichen Vermittlerdienste nicht gewähren, nämlich nicht von Abwesenden Aufträge annehmen, Art. 69, Nr. 6. Nach neuem HGB ist der kaufmännische Unternehmer, Mäkler nur zur sofortigen Antwort verpflichtet. Schweigen gilt als Annahme, § 362 HGB. Nach 663 BGB haben Mäkler wie Unternehmer, die öffentlich zur Besorgung von Geschäften bestellt sind oder sich öffentlich oder dem Auftraggeber gegenüber erboten haben, wenn sie einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annehmen, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen.

Zeitpunkt des Abschlusses ist derjenige, in dem der Konsens zu stande gekommen ist. Dass das Geschäft beim Mäklervertrag noch von den Parteien geschlossen werden muss, kommt nicht in betracht.

Ebensowenig,[3]) wie der Unternehmer, dessen Pflicht eine Geschäftsbesorgung ist, im allgemeinen mit dem dritten, mit dem er das Geschäft abschliesst, ein eigenes kontraktliches Verhältnis eingeht, cf. § 181 BGB, vielmehr nur den Willen seines Auftraggebers erklärt und diesen bindet, muss der Mäkler zu beiden Parteien in ein kontraktliches Verhältnis treten.[4])

---

[1]) Riesenfeld, S. 258.

[2]) cf. Grünhut in Endemanns Handb., Band 3, § 310, Anm. 6, S 149.

[3]) Staub, S. 332, 337, 334.

[4]) A. M. Riesenfeld, S. 273, 278, 557; Düringer u. Hachenburg, S. 281; cf. Staub, S. 324.

Immerhin kann der Mäkler mit beiden kontrahieren, und für den Handelsmäkler ist das sogar Regel, cf. § 654 BGB, § 98/99 HGB. Dann ist der Vertrag mit der anderen Partei und dem Mäkler geschlossen, wenn der Mäkler sich bereit erklärt hat, ihre Zustimmung seinem Auftraggeber zu überbringen.[1]) Beide Verträge sind in der Regel formlos. Es kann aber auch anderes vereinbart werden, cf. §§ 126, 127 BGB. Nach ALR musste bei gewissen Mäklerverträgen Schriftlichkeit eintreten.[2])

Schriftlichkeit ist auch erforderlich für den Rechtsanwalt, mit dem eine andere Vergütung als die in der Gebührenordnung bestimmte vereinbart worden ist,[3]) Rechtsanwaltsordnung §§ 93/94.

Der Vertrag kann bei beiden Verträgen durch concludente Handlung geschlossen werden. Doch ist ein wirklicher animus obligandi erforderlich.[4]) Ein blosses Sichgefallenlassen der Dienste eines Mäklers begründet noch keine Verpflichtung: ERG v. 1. III. 1888, Bolze B. V., Nr. 583, S. 182;[5]) animus obligandi ist natürlich auch beim Werkvertrag erforderlich. Doch wird solcher zuweilen bei einem blossen Sichgefallenlassen vorhanden sein, wenn dieses eine sinnfällige Handlung ist, cf. das Beispiel des Kunden, der sich auf den Rasierstuhl setzt.[6])

Verträge, die unter der Herrschaft des alten Rechts geschlossen sind, folgen diesem, A. 170 EGBGB.[7]) Ist der zu vermittelnde oder durch einen Unternehmer zum Zwecke der Geschäftsbesorgung geschlossene Vertrag nach altem Recht perfekt, so bleibt er es auch nach neuem, wenn er auch an und für sich nach diesem nicht vollgiltig sein würde.

---

[1]) Riesenfeld, S. 273.
[2]) Riesenfeld, S. 263.
[3]) Riezler, S. 99.
[4]) Riezler, S. 99; cf. Staub, S. 326, Anm. 10; Riesenfeld, S. 260.
[5]) cf. Neubauer, S. 7.
[6]) bei Riezler, S. 99.
[7]) Staub, S. 334, Anmerkung 35.

§ 7. Vergleich der Pflichten des Mäklers und Unternehmers.

Die hauptsächlichste Pflicht, die aus einem Vertrage folgt und auch beim Werkvertrag vorhanden ist, die Pflicht zur Erfüllung, fehlt beim Mäklervertrag. Das ergibt sich, wie in § 4 der Darstellung ausgeführt ist, aus dem Momente der Rechtsbedingung. Nur, wenn der Vertrag infolge der Vermittelung zu stande gekommen ist, soll der Mäkler seine Vergütung beanspruchen können. Im anderen Falle erhält er sie nicht. Warum der Vertrag nicht zu stande gekommen ist, ist unerheblich. Es kann auch dadurch herbeigeführt worden sein, dass der Vermittler untätig geblieben ist. Die Untätigkeit hat dann keine rechtliche Wirkung.[1]) Beim Werkvertrag besteht nicht nur eine Pflicht zur Erfüllung, sondern sogar eine Gewährleistungspflicht. Der Unternehmer steht ein für den Erfolg. Dies spricht sich beim Werkvertrag in der gesteigerten Haftung für den Erfolg aus, cf. §§ 633/634 BGB.

Der Auftraggeber kann ein mangelfreies Werk verlangen, das alle verlangten Eigenschaften hat.

Dass er für den Erfolg einsteht, ist der innere Grund, warum der Unternehmer bis zur Abnahme bezw. Herstellung die Gefahr trägt, während die Notwendigkeit der Gefahrübernahme sich für den Mäkler gerade aus dem entgegengesetzten Grunde ergibt, weil nämlich der Erfolg nicht zu stande kommen muss. Der Mäkler trägt die Gefahr, weil er, wenn er nicht will, den Erfolg ja gar nicht zu stande zu bringen braucht, sein Auftraggeber aber vor Abschluss des Geschäfts zu nichts verpflichtet ist. Der Unternehmer hat die Verpflichtung, das Werk herzustellen und muss darum auch für alle Zufälle einstehen, die das Werk betreffen

Mäkler wie Unternehmer können sich zur Erfüllung der Zuziehung von Gehilfen bedienen, es Stellvertretern übergeben, womöglich es einem anderen Unternehmer bezw.

[1]) Riesenfeld, S. 268; Planck, S. 395.

Mäkler in Unterverdingung geben.[1]) Es soll ja nur der Erfolg zu stande kommen, dass Wie ist dem Auftraggeber gleich.[2]) Auch die Verbindung mehrerer Unternehmer wie Mäkler ist jetzt durchaus möglich. Für das alte HGB war Assoziierung verboten, A. 69, Nr. 3.[3])

In diesem Falle werden jetzt die Vorschriften der Gesellschaft Anwendung finden.[4]) Nur wenn der Mäklervertrag ausnahmsweise zugleich als Dienstvertrag geschlossen ist,[5]) ist persönliche Tätigkeit erforderlich. Nach ALR § 928 bis 930 I 11, musste der Unternehmer das Werk selbst herstellen, durfte sich nur der Zuziehung von Gehilfen bedienen: ERG bei Gruchot, Band 25. Nr. 87, S. 988, ERG Band 33, Nr. 62, S. 272.

Selbst wenn man dem Mäkler eine Verpflichtung zur Vermittelung aufbürden wollte, ist doch diese eine so unbestimmte, dass eine Klage nicht substantiiert wäre, cf. CPO § 253, Nr. 2. Auch die Zwangsvollstreckung nach § 888 CPO wäre nicht möglich, weil die Handlung ja nicht ausschliesslich vom Willen des Schuldners abhängt. Das einzige Mittel für den Geschäftsherrn wäre die exceptio non adimpleti contractus.

Die Frage der Rechtzeitigkeit der Erfüllung wie beim Werkvertrag, § 636, kann beim Mäklervertrag nicht gestellt werden, weil ja überhaupt kein Teil zur Erfüllung verpflichtet ist.

Auf den Erfüllungsort kommen die allgemeinen Bestimmungen zur Anwendung, BGB § 269. Das ALR I. 11, § 933 bis 935, enthielt für den Werkvertrag besondere Bestimmungen.

Vertragsmässig können dem Mäkler sowohl die Pflicht zur Erfüllung,[6]) als auch ihm und dem Unter-

[1]) Das folgt, da es weder für Werkvertrag noch Mäklervertrag verboten ist, aus § 267 BGB. § 664 findet ja nach § 675 BGB beim Werkvertrag nicht Anwendung.

[2]) cf. Oertmann, S. 352 unter 1.

[3]) Grünhut in Endemanns Handb., Band 3, S. 145.

[4]) Staub, S. 331, Anmerkung 26.

[5]) Staub, S. 331, Anmerkung 26.

[6]) Staub, S. 323.

nehmer Nebenverpflichtungen auferlegt werden.[1]) Für diese kommt § 242 zur Anwendung.

Die Folgen der Nichterfüllung sind im Werkvertrag teils ausdrücklich geregelt, teils kommen die allgemeinen Bestimmungen zur Anwendung. Beim Mäklervertrag sind sie nicht zu erörtern, weil es keine Pflicht zur Erfüllung gibt. Insbesondere können hier weder die Bestimmungen über den Leistungsverzug noch Annahmeverzug zur Anwendung kommen.

Besonders geregelt ist die Frage der nicht rechtzeitigen Herstellung beim Werkvertrag ohne Rücksicht auf Verschulden. Es kommt dann nach § 636 der § 634 Abs. 1—3 zur Anwendung. Anstatt dessen kann der Besteller nach 327 vom Vertrage zurücktreten. Im Falle des Verzuges kommen noch die Rechte aus 286 flg. und 326 hinzu. Natürlich hat der Besteller ausserdem das Recht, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, § 320 BGB, sowie das Recht auf Lieferung zu klagen und dann die Rechte aus 283 geltend zu machen.

Während also selbst bei vis maior die Fülle von Rechten für den Besteller gegeben ist, dazu die übrigen Rechte wegen Nichterfüllung, kann der Mäkler nicht einmal in Verzug geraten, und der Geschäftsherr hat kein Mittel, ihn zur Erfüllung zu zwingen.

Ein Fixgeschäft liegt nach § 636 nicht vor. Doch kann sowohl beim Mäklervertrag wie Werkvertrag vereinbart werden, dass die Leistung genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist erfolge, 361 BGB, 376 HGB.[2])

Gibt es auch gegen den Mäkler keine Klage auf Erfüllung, so wird der Mäkler dennoch meist tätig werden, weil es ja sein eigenes Interesse erheischt. In diesem Falle aber kommt auf ihn § 242, und kamen auch

---

[1]) Planck, S. 370 unten 2.
[2]) Riezler, S. 125.

nach bisherigem Recht auf ihn die Vorschriften von Treu und Glauben zur Anwendung.[1]) Er hat also mit aller Sorgfalt die Vermittelung herbeizuführen, cf. ERG in Seuffert Arch., Band 46, Nr. 183; cf. Mot., Band 2, S. 478.

Auch der Werkvertrag wird von der Sorgfaltpflicht beherrscht, aber hier nimmt diese nach 633 BGB einen strengeren Charakter an. Es besteht nämlich für den Unternehmer eine Haftung über das Verschulden hinaus. Erfüllt das Werk nicht die Voraussetzung des § 633, fehlen zugesicherte Eigenschaften oder sind auch nur geringfügige Fehler im Sinne des § 633 vorhanden, so kann der Besteller die dort und in 634 erwähnten Rechte geltend machen. Bei rein ideellen Werkverträgen lassen sich die Bestimmungen über Mängel oft schlecht anwenden.[2]) Die Verbesserungsmöglichkeit fehlt tatsächlich häufig. Es bleibt noch das Rücktritts- und das Minderungsrecht, eventuell bei Verschulden Recht auf Schadensersatz. Aber zunächst wird es schon schwer sein, hier festzustellen, ob wirklich Mangel vorliegt, weil die Ansichten hier oft je nach dem subjektiven Empfinden verschieden sind — ich führe nur die verschiedentliche Beurteilungsmöglichkeit der Leistung einer Sängerin an — und selbst, wenn darüber eine Einigkeit zu erzielen ist, dass Mängel vorliegen, wie soll man in solchem Falle die Wertminderung berechnen, wie zurücktreten? Es wird nur in krassen Fällen möglich sein. Also praktisch bestehen diese Unterschiede häufig gar nicht.[3])

Ausser dem in 633—34 erwähnten Rechten hat der Besteller noch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach 320 BGB. Bei Verweigerung der Beseitigung nach 633 Absatz 2 S. 2 erwachsen dem Besteller die Rechte aus 325.

Beruht der Mangel auf Verschulden, so kann der Unternehmer anstatt Wandelung und Preisminderung

[1]) Staub, S. 333, III.; Riesenfeld, S. 279.
[2]) Riezler, S. 122.
[3]) Riezler, S. 124.

nach § 635 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Beim Mäklervertrag wird nicht wie beim Werkvertrag in allen Fällen auf das volle Erfüllungsinteresse gehaftet, sondern es kommt darauf an. Nur das negative Interesse ist zu beanspruchen, wenn der andere darauf vertraut, der Vertrag sei abgeschlossen.[1]) Wenn jedoch der Vertrag durch sein Verschulden nicht zu stande kommt, wird auch für entgangenen Gewinn gehaftet.[2])

Nach römischem und gemeinem Recht gab es so gesteigerte Rechte des Unternehmers wie in 633/34 BGB nicht.[3]) Lagen Mängel vor, so gab es nur bei Verschulden die actio ex locato: l. 51 § 1 D. h. t. poterit ex locato cum eo agi qui vitiosum opus fecerit. Dagegen das ALR I. 11 §§ 947 flg. gewährte ein Rücktrittsrecht oder Schadensersatz, das sächs. BGB gewährte ein Verbesserungsrecht oder Schadensersatz.

Unfähigheit stand nach römischem und gemeinem Recht dem Verschulden gleich. L. 9 § 5 D. 19. 2: imperitiam culpae adnumerandam esse.[4])

Auch der Mäkler haftet für Verschulden, wie es im HGB § 98 ausgesprochen ist.

Aus l. 2 D. 50. 14. ist keine Ausschliessung der Haftung des Mäklers für culpa levis zu schliessen. Die Stelle will nur [5]) „den Unterschied zwischen Vermittelungsarbeit des Unterhändlers und der Kreditleistung des Mandatars hervorheben, ohne den Grad der Diligenz im Mäklergeschäft zu bestimmen.[6]) Nach ALR I. 13 §§ 54/55 käme für den Mäkler Haftung für Verschulden und zwar für diligentia quam in suis rebus in betracht,[7])

---

[1]) Staub, S. 333, Anmerkung 29; Bolze, Band 2 Nr. 637, Nr. 249.

[2]) Staub, S. 333, Anmerkung 29.

[3]) cf. Dernburg, 3. Aufl., S. 306.

[4]) Windscheid, 8. Aufl., S. 694.

[5]) Kuhn, S. 248: cf. v. Fachsenfeld, S. 61: Auch der Mandatar haftet ja für omnis diligentia, obwohl er keinen Entgelt bekommt.

[6]) cf. Riesenfeld, S. 28 flg., der hierüber anderer Meinung ist.

[7]) cf. Dernburg, Privatr., S. 556.

aber es ist auf das in § 2 S. 14 der Darstellung Gesagte zu verweisen. cf. AHGBG Art. 81, cf. HGB § 98.

Dem Verschulden steht beim Werkvertrag die Garantieübernahme, aber nicht die Zusicherung einer Eigenschaft [1]) gleich. Ein Verschulden kann wohl vorliegen, bei dicta et promissa des Mäklers. Denn die Anpreisung des Mäklers ist ja ein Teil der Leistung des Mäklers, nämlich der Vermittelung, und da wird man dem Mäkler zumuten müssen, dass er das mit Vorsicht tut und nicht zu viel verspricht. Darum ist gegen Riesenfeld [2]) in diesem Falle nach der Ansicht des Reichsgerichts Haftung anzunehmen, Seuffert, Band 42 Nr. 106, Bolze 4 Nr. 696.[3]) Nur sind Zusicherungen von blossen Anpreisungen zu scheiden.

Unternehmer wie Mäkler haften nicht nur für eigenes Verschulden, sondern auch für das ihrer Gehilfen und Vertreter nach § 278 BGB.[4]) Wie diese Personen dem Auftraggeber haften, richtet sich nach dem zu grunde liegenden Verhältnis.

Nach gemeinem Recht ist die Frage nicht entschieden. Für unbedingte Haftung tritt ein der 17. deutsche Juristentag [5])

Ist der Mäkler oder der Unternehmer Kaufmann, so haften sie mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns.

Während beim Werkvertrag die Sorgfaltpflicht nur allgemein zu bestimmen ist, nimmt sie beim Mäklervertrag eine ganz besonders concrete Gestalt an und zwar mit Rücksicht auf den eigenartigen Gegenstand des Vertrages. Weil die Vermittelung eine sorgfältige sein soll, so ergeben sich als oberste Pflichten des Mäklers

[1]) Meisner, S. 190, Nr. 1; Oertmann, S. 357 unter b; cf. Ebert, im Commentar von Fischer-Henle, Anmerkung 1 zu 635.

[2]) Riesenfeld, S. 282.

[3]) Staub, S. 233.

[4]) Oertmann, S. 358 unter 3.

[5]) cf. dort, S. 377 ff; cf. Riezler, S. 106; Windscheid, 8. Aufl., S. 694.

die zu Treue[1]) und Verschwiegenheit.[2]) Darunter fällt jedoch nicht Verschweigen der Namen der Kontrahenten.[3]) Daraus ergibt sich weiter die Pflicht, den Geschäftsherrn über den Stand der Verhandlungen auf dem Laufenden zu unterhalten. Ähnliches gilt für den, der eine entgeltliche Geschäftsbesorgung übernommen hat nach §§ 666/675 BGB. Das Recht von den Weisungen des Auftraggebers erforderlichen Falles abzuweichen cf. 665 BGB, wird man ferner nach 242 BGB auch dem Mäkler zuerkennen, ebenso die Pflicht zur Anzeige von dieser Abweichung. Eine Rechenschaftspflicht wird nicht vorkommen. Denn der Mäkler vermittelt ja nur, in weitere Beziehungen aber tritt er nicht zu dem anderen. Darum kann auch nicht beim Mäkler wie in 667 von einer Herausgabepflicht die Rede sein; in seine Hand fliesst ja nicht der Ertrag des Geschäftes. Auch wird der Mäkler nicht wie der Unternehmer in die Lage kommen, Geld für sich zu verwenden und Ähnliches platz greifen, wie nach 868. Wohl aber könnte es zum Zwecke der Vermittelung nötig werden, Aufwendungen zu machen. Während der Auftraggeber nach 670 in diesem Falle zum Ersatz verpflichtet ist, ist dies nach § 652, wenn nichts anderes ausgemacht ist, nicht der Fall, und es kann auch nicht Vorschuss für solche verlangt werden wie nach § 669. Für die Erfüllung des abzuschliessenden Geschäfts, insbesondere die Zahlungsfähigkeit des anderen Kontrahenten steht der Mäkler nicht ein, cf. Art. 69 Z. 1.[4]) Denn er hat nur den Abschluss herbeizuführen, nicht mehr.

Auch bezüglich des Objektes hat der Mäkler keine Erkundigungspflicht, wie das RG in der deutschen Juristenzeitung von 1897, S. 365 annimmt, cf. Seufferts Arch. Band 40 S. 26, Bolze B. 16 Nr. 355.

---

[1]) Die Treupflicht besteht nur gegenüber seiner Partei. A. M. Riesenfeld, S. 278.

[2]) Riesenfeld, S. 277.

[3]) Grünhut in Endemanns Handb. Band 3, S. 147, in seiner Zeitschr. Band 2, S. 572.

[4]) v. Fachsenfeld, S. 64; Riesenfeld, S. 280; Staub, S. 233.

Eine Prüfungspflicht kann für den Unternehmer in betracht kommen nach ALR I, 11 §§ 957, 958, sächs. BGB § 1248.

Aus der Pflicht zu sorgfältiger Vermittelung ergeben sich ausser den allgemeinen für den Handelsmäkler noch besondere Pflichten, die das HGB zum Teil selbst regelt, so: die Pflicht, ein Tagebuch zu führen, § 100 HGB, die Pflicht der Ausstellung von Schlussnoten, § 94, die Aufbewahrungspflicht von Proben, § 96, die Pflicht zu Auszügen, § 101.

Schon oben hätte erwähnt werden können, des besseren Verständnisses wegen aber wird erst hier nachgetragen ein Fall, in dem auch beim Mäklervertrag eine Art Gewährleistungspflicht vorkommt, das ist der des § 95 HGB. Falls nämlich in einer Schlussnote, in der sich der Handelsmäkler die Bezeichnung der anderen Partei vorbehalten hat, die Bezeichnung dieser unterbleibt oder gegen sie begründete Einwendungen zu erheben sind, so ist die Partei befugt, den Mäkler auf die Erfüllung des Geschäfts in Anspruch zu nehmen. In diesem Fall jedoch ist die Partei nur berechtigt. Der Gewährleistungspflicht des Unternehmers entspricht dagegen immer eine Abnahmepflicht bezw. Annahmepflicht des Bestellers. Das folgt aus 633 Abs. 2. Auch eine Fristsetzung, wie sie zur Beseitigung eines Mangels beim Werkvertrag gegeben wird, gibt es hier nicht, sondern innerhalb der ortsüblichen, eventuell angemessenen Frist muss die Partei bezeichnet sein, und nach ihrem Ablauf ist die Partei, die den Mäkler beauftragt hatte, nicht mehr gebunden.[1]) Aber die Rechte, die für den Auftraggeber erwachsen, sind viel stärker als die in §§ 633.35, nämlich es kann der Geschäftsherr den Mäkler auf Erfüllung oder Schadensersatz in Anspruch nehmen.[2]) Der Mäkler behält wie der Unternehmer bei 633/635 den Vergütungsanspruch.

[1]) Begründete Einwendungen sind nach § 95 ohne schuldhaftes Zögern zu erheben: Düringer und Hachenburg, Band 1, S. 295: Staub, S. 340, Anmerkung 2.

[2]) Staub, S. 340, Anmerkung 3.

§ 8. Vergleich der Rechte des Mäklers und Unternehmers.

Die Rechte des Mäklers beschränken sich auf den Vergütungsanspruch. Der Unternehmer dagegen hat noch andere Rechte, nämlich nach 640 ein Abnahmerecht, worin ein Billigungsrecht enthalten ist, eventuell das Recht auf Mitwirkung des Bestellers.

Abnahme ist die körperliche Übernahme und Billigung des Werkes.[1])

Da sich die Möglichkeit einer Abnahme nach der Körperlichkeit oder Unkörperlichkeit des Werkes richtet, wie Riezler mit Recht gegen Oertmann, S. 362 ausführt,[2]) so bietet die Abnahmepflicht weiter keinen Vergleichspunkt als den, dass sie besteht und beim Mäklervertrag nicht besteht.

Die Abnahmepflicht war auch im früheren Recht anerkannt, im ALR bestand ausserdem noch eine Besichtigungspflicht §§ 943/946 I 11.

Beim Werkvertrag kann es vorkommen, dass eine Mitwirkung des Bestellers erforderlich ist. Eine Mitwirkung des Geschäftsherrn kann zweckmässig sein, aber nicht gesetzlich notwendig werden. Beim Werkvertrag erwächst ein Anspruch auf Schadensersatz, wenn diese Pflicht unterlassen wird.[3])

Über die Vergütung ist schon in § 4, S. 26 der Abhandlung gesprochen worden. Ist die Vergütung in Geld zu entrichten, so liegt eine Bringschuld nach § 270 BGB vor. Änderungen in den Lohnverhältnissen[4]) geben kein Recht auf Änderung der vereinbarten Vergütung, dagegen hat es beim Mäklervertrag der Geschäftsherr in der Hand, bis zum Abschluss des Geschäfts zu erklären, dass er nur eine geringere Provision zahle.[5])

---

[1]) Planck, S 379 1 b.

[2]) Riezler, S. 137; ebenso Planck, S. 380 1 b gegen Oertmann, S. 362.

[3]) Siméon, S. 434.

[4]) Riezler, S. 131.

[5]) Staub, S. 326, Anmerkung 13.

Die Vergütung kann durch Übereinkommen gestundet werden. Ist eine Stundung nicht erfolgt, so ist beim Werkvertrag die Geldschuld von der Abnahme des Werkes an zu verzinsen, § 641 Abs. 2 BGB, beim Mäklervertrag erst, sobald Verzug vorliegt, § 288 BGB.

Die Vergütung muss zahlen der Unternehmer, der Geschäftsherr. Ist nichts anderes ausgemacht, so ist nach § 99 HGB die Vergütung zur Hälfte von jedem der Kontrahenten zu zahlen. Das Gesetz steht also auf dem Standpunkt, dass die Übernahme für beide Teile nicht notwendig eine Interessenkollision im Gefolge hat, HGB § 99, 654 BGB. Nicht haftet der Nichtpromittent subsidiär.[1])

Der Gesichtspunkt der Interessenkollision kann auch bei dem Werkvertrage, der mit Vertretung verbunden ist, in betracht kommen. Der Vertreter darf nach § 181 weder mit sich noch als Vertreter eines dritten ein Rechtsgeschäft abschliessen. Das entspricht völlig dem § 654. Nur die Rechtsfolgen sind andere: nach § 654 Ausschluss der Vergütung, nach 276 dagegen Anspruch auf Schadensersatz und ausserdem Nichtigkeit des abgeschlossenen Geschäfts.[2]) Die Willenserklärung würde für den Vertretenden nicht wirken nach § 164 BGB, gegenüber dem dritten würde 179 anzuwenden sein.

Es erhebt sich nunmehr die Frage: Wann ist die Vergütung zu fordern?

Unternehmer wie Mäkler können die Vergütung erst beanspruchen, wenn ihre Vorleistung erfolgt ist, 562, 641, 646. Eine gesetzliche Teilleistungsmöglichkeit wie nach 641 ist beim Mäklervertrag nicht möglich, weil begrifflich ein einheitlicher, nicht teilbarer Erfolg das Ziel ist.

Das Resultat der Mühe entscheidet, die einzelnen

[1]) Wie Riesenfeld, S. 548, ausführt: cf. dagegen Staub, S. 331: Planck, S. 394, Anmerkung 27.

[2]) cf. Anmerkung 6 von Fischer zu § 181 BGB.

Bemühungen kommen nicht in Frage.[1]) Besonders beim Mäklervertrag, der den Nachweis der Gelegenheit eines Vertrages zum Gegenstand hat, werden sie oft äusserst gering sein.

Weil das Resultat es ist, worauf es ankommt, trägt der Unternehmer wie Mäkler die Gefahr.[2]) Der Mäkler trägt sie, bis der Abschluss erfolgt ist, der Unternehmer bis zur Abnahme oder, was in dem hier entsprechenden Fall in Anwendung kommt, bis zur Vollendung des Werkes nach §§ 645/646.

Es muss hier festgestellt werden, dass die Gefahr, die der Mäkler zu tragen hat, grösser ist als die, welche der Unternehmer auf sich nehmen muss. Denn, ist das Werk infolge einer vom Besteller erteilten Anweisung, § 645, Abs. 1, untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ohne Verschulden des Unternehmers, so kann der Unternehmer einen Teil der Vergütung und Ersatz der Auslagen verlangen nach 645, abgesehen von weiterer Haftung für Verschulden. Hat sich der Mäkler aber auch noch so angestrengt, um den Erfolg zu stande zu bringen und alles dazu vorbereitet, so hängt er trotzdem gemäss § 652 BGB ganz von der Willkür des Geschäftsherrn ab. Ist diesem das Geschäft nicht genehm, so sind alle Mühen und Auslagen fruchtlos. E. v. Völderndorff[3]) lehnt sich heftig hiergegen auf. Doch lässt sich weder für früheres noch jetziges Recht die gesetzliche Richtigkeit seiner Behauptungen erweisen.[4]) Ganz „so ungerecht", wie dort gesagt ist, scheint mir das erhöhte Risiko des Mäklers deswegen nicht zu sein, weil ja die Geschäftsspesen und der ganze sonstige Geschäftsapparat desselben wenig Aufwendungen erfordern und ausserdem wegen der Höhe der Provision des Mäklers.[5]) Weil die

[1]) Riesenfeld, S. 531.
[2]) cf. S. 33.
[3]) E. v. Völderndorff bei Bödiker, Magazin für deutsches Recht, S. 44, 53.
[4]) Derselbe, S. 45—48.
[5]) Riesenfeld, S. 574.

Aufwendungen und Mühen beim Unternehmer regelmässig grösser sind, darum trägt er auch nicht die vom anderen Teil verschuldeten Übel, freilich liegt Zufall vor, also auf keiner Seite ein Verschulden, so trägt er die Gefahr des Unterganges, 644 BGB. Für die Frage der Gefahr kommt eine Abhandlung Oertmanns in betracht.[1]) Darnach kommt es darauf an, ob der Unfall sich in der „Betriebssphäre" des Unternehmers oder Bestellers ereignet hat. Die herrschende Lehre des gemeinen Rechts betrachtete den Zeitpunkt der Vollendung oder Abnahme des Werkes für wesentlich.[2]) Nach Schollmeyer, S. 56, ist es „gleichgültig, wo das Werk vom Zufall betroffen wird, und daher mit Recht nicht vom BGB entschieden". Nach ALR trägt der Unternehmer die Gefahr bis zur Abnahme schlechthin mit einer Ausnahme, ALR I 11 § 960, cf. § 967. Dieser Unterschied bezüglich der Höhe der Gefahr ist also dort geringer wie im BGB.

Einen Gefahrübergang wie nach 644/646 gibt es beim Mäklervertrag nicht. Weil der Mäkler die Gefahr trägt, hat er auch keinen Anspruch auf Auslagen, es müsste denn anderes vereinbart sein, cf. 652, Abs. 2.[3]) Beim Werkvertrag haben wir schon einen Fall kennen gelernt, wo Auslagen zu erstatten waren, nämlich den des § 645. Ferner besteht aber auch bei sämtlichen Werkverträgen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, eine gesetzliche Erstattungspflicht der Auslagen[4]) nach 675,670 BGB. Also beim Werkvertrag auf Geschäftsbesorgung gibt es eine Erstattung der Auslagen,

[1]) Oertmann, Der Zufall bei der Werkverdingung, bei Grünhut, Band 2, S. 56.

[2]) Oertmann bei Grünhut, Band 24, S. 1 flg.

[3]) Riesenfeld, S. 575.

[4]) Hachenburg, Dienstvertr. und Werkvertr., S. 22 d; cf. Oertmann, S. 110, über die Unvereinbarkeit von 670 675 und 644. Offenbar kommt im Falle des § 670 675 § 645 nicht zur Anwendung. Ist in der Vergütung auch der Ersatz der Auslagen mit inbegriffen, so brauchen sie nicht besonders getragen zu werden; Hachenburg, S. 23, ebenso Enneccerus-Lehmann, S. 704, Anmerkung 1.

beim Mäklervertrag nicht; zugleich ergibt sich, dass auch in dieser Beziehung ein Unterschied in dem Masse der zu tragenden Gefahr besteht.

Wie Staub sagt,[1]) ist der Auftraggeber bis zum Abschluss „Herr des Geschäfts". Er kann daher den Auftrag zu jeder Zeit widerrufen, er kann das ihm angetragene Geschäft „ohne Grund zurückweisen". Dieses Widerrufsrecht besteht selbst dann, wenn der Auftraggeber für eine gewisse Zeit darauf verzichtet hat.[2]) „Das Widerrufsrecht hat nicht einmal den Charakter der Kündigung."[3]) Dass der Mäkler zur Mäklertätigkeit nicht gezwungen werden kann, haben wir gesehen. Ein Anologon zu dem Satze: „Der Auftraggeber ist Herr des Geschäfts" gilt in vermindertem Masse auch beim Werkvertrag nach § 649 BGB. Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes den Vertrag jederzeit kündigen. Es erlöschen somit die beiderseitigen Rechte und Verpflichtungen für die Zukunft.[4])

Beim Mäklervertrag stehen beide Teile ganz frei da. Eine Erklärung ist nicht notwendig, dass der Mäkler seine Tätigkeit einstelle, der Kommittent den Geschäftsabschluss ablehne.[5])

Das Kündigungsrecht nach 649 steht zwar dem Besteller frei zu, der Unternehmer aber kann die Vergütung fordern unter Anrechnung dessen, was er durch Aufhebung des Vertrages erspart.

Im gemeinen Recht ist von der herrschenden Lehre ein Kündigungsrecht des Unternehmers verneint.[6]) Nach ALR § 412 I 5 ist das freie Rücktrittsrecht des § 408 beim Werkvertrag ebenfalls nicht anwendbar.[7]) Strieth.

---

[1]) Staub, S. 327, Anmerkung 17.

[2]) Rosplatt, Zwei Streitfragen des Mäklervertrages, bei Gruchot Band 45, S. 546.

[3]) Staub, S. 323, Anmerkung 2.

[4]) Planck, S. 388.

[5]) Staub, S. 323 unten.

[6]) Oertmann, S. 372.

[7]) Dernburg, Privatrecht, Band 2, S. 601.

Arch., Band 43, S. 317. Das sächs. BGB § 1252 gewährte es.

Die Vergütung kann nur verlangt werden, wenn der Erfolg zu stande gebracht ist. Dieser Erfolg ist näher zu betrachten. Beim Werkvertrag muss der völlig vertragsmässige Erfolg erreicht sein, beim Mäklervertrag der Vertrag zu stande gekommen sein.[1])

Wird der Vertrag unter einer Bedingung geschlossen, so ist bei suspensiver Bedingung die Vergütung erst mit ihrem Eintritt verdient, 652 Satz 2. Wer den Eintritt der Bedingung dolos verhindert, gegen den gilt sie als eingetreten, § 162 BGB. Der suspensiven Bedingung stehen vertragliche Widerrufs- und Reurechte gleich.[2])

Nach dem Wesen der Resolutivbedingung ist die Vergütung vom Mäkler schon verdient, wenn der Vertrag zu stande gekommen ist.[3]) Im Falle des Eintritts der Resolutivbedingung entsteht aber ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Es wurde früher nach Art. 82 AHGB vielfach angenommen, dass der Anspruch erst mit Eintritt der Resolutivbedingung gegeben sei.[4])

Der geschäftsbesorgende Unternehmer soll nicht bloss einen Abschluss herbeiführen, sondern einen vollen, mangelfreien Erfolg gewährleisten. Hier werden die Weisungen des Auftraggebers entscheiden, ob der Erfolg erreicht ist, wenn der Vertrag unter einer Suspensiv- oder Resolutivbedingung von ihm mit dritten abgeschlossen ist, §§ 675/665. Nach 665 kann der Unternehmer von diesen Weisungen unter Umständen abweichen. Dann wird der Erfolg erreicht sein, wenn er unter einer Be-

---

[1]) Geschichtliches bei Riesenfeld, S. 536, Anmerkung 91, 92, 93.

[2]) Staub, S. 329, Anmerkung 22; Behrend, § 58, Anmerkung 20, S. 215.

[3]) cf. Motive, Band 2, S. 513; cf. Planck, S. 395; Leske, S. 270; Matthias, S. 602; A. M. Oertmann, S. 380 a. O.; Düringer und Hachenburg, S. 303; Riesenfeld, S. 543.

[4]) v. Hahn, Comm. z. HGB, A. 82, S. 259; Staub 1891, S. 111; Neubauer, S. 17. Das Kammergericht schwankte.

dingung abschliesst. Das abzuschliessende Geschäft darf nicht nichtig und nicht anfechtbar sein.[1])

Es muss ein wirklicher Konsens vorliegen. Nicht darf die eine Partei der Mäkler sein. Das folgt aus dem Wesen der Vermittelung.[2]) Ähnliches gilt für den Unternehmer nach 181 BGB.

Ist das abgeschlossene Geschäft anfechtbar, so kann, solange die Anfechtung nicht erfolgt, die Gebühr nicht verweigert werden. Mit der Anfechtung aber erwächst der Anspruch aus 812 BGB. Ein etwaiges Rücktrittsrecht der Parteien nach Abschluss des Vertrages aber hebt nicht den Anspruch auf Vergütung auf.[3])

Gleichgültig ist es auch, ob der Vertrag tatsächlich erfüllt wird.

Der gewollte Erfolg darf insbesondere nicht unsittlich sein. Die Vermittelung einer Ehe verstösst nicht geradezu gegen die guten Sitten. Nach BGB erwächst daraus nur eine naturalis obligatio. Das gemeine Recht und ALR gab sogar eine Klage, wenn im Versprechen nichts Unsittliches lag: Seuff. Arch., Band 48, Nr. 22, S. 31. Nach Art. 732 des Dresdener Entw. ist das Versprechen eines Ehemäklerlohnes gültig, soweit nicht ein Landesgesetz entgegensteht.

Particularrechtlich ist oft weitere Voraussetzung, Konzession zum Betriebe des Gewerbes, z. B. § 51 der allg. preuss. Gew.-O. v. 17. I. 1845, durch § 1 und § 7, Ziffer 5 der Reichsgewerbeordnung aufgehoben. Für gewisse Arten von Vermittlern und Unternehmern gelten die §§ 148 und 35 Gew.-O. Sie bedürfen einer Erlaubnis, die aber nur unter bestimmten Voraussetzungen versagt werden kann. Betreiben sie dennoch die Vermittelung, oder schliessen sie dennoch ab zum Zwecke der Geschäfts-

---

[1]) Planck, S. 395; Motive, Band 2, S. 513.

[2]) Staub, S. 327.

[3]) Planck, S. 396; Staub, S. 329, Anmerkung 18.

besorgung.[1]) so sind diese Geschäfte rechtsgültig, aber es erfolgt Bestrafung. Gew.-O. § 148, Ziffer 4. Die Vergütung ist trotzdem verdient: denn das Rechtsgeschäft selbst als einzelnes ist nicht verboten und nach 134 BGB nichtig, sondern der gewerbsmässige Betrieb solcher Rechtsgeschäfte unter diesen Umständen.

Wo eine besondere Form erforderlich ist, muss diese gewahrt sein,[2]) ERG, Band 29, S. 230.

Für den Anspruch auf Vergütung ist beim Mäklervertrag nicht erforderlich, dass der Vertrag auch erfüllt wird. ROHB. Band 14, S. 426, Seuffert Arch., Band 40, S. 26.[3])

Nicht Sache des Mäklers, wohl aber des geschäftsbesorgenden Unternehmers wird es sein, die Ware auf ihre Güte zu prüfen, zu erforschen, ob der Gegenkontrahent sicher und zuverlässig ist, cf. § 633 BGB.[4])

Bei einem Werkvertrage, der auf Besorgung eines Darlehns geht, wird die Vergütung erst verdient sein, wenn das Darlehen wirklich hingegeben ist. Dasselbe muss man aber auch beim Mäklervertrag annehmen. Ein pactum de mutuo dando ist noch kein Abschluss des Vertrages, wie Düringer und Hachenburg annehmen,[5]) sondern erst mit Hingabe des Darlehns kommt der Vertrag zu stande.

Der Erfolg muss infolge der Tätigkeit zu stande gekommen sein. Für den Unternehmer bedarf das keiner näheren Ausführung. Der Auftraggeber muss bewusst das Geschäft infolge der Mäklertätigkeit abgeschlossen

---

[1]) Riesenfeld bei Gruchot, Band 36, S. 815; Jacusiel, S. 5.

[2]) Staub, S. 328.

[3]) Düringer und Hachenburg, S. 304.

[4]) Riesenfeld, S. 281; Staub, S. 328; A. M. mit Unrecht RG bei Bolze VII, Nr. 504.

[5]) Düringer und Hachenburg, S. 304; A. M. mit Recht Dernburg, preuss. Privatr., Band 2, § 190, S. 557; RG Band 39, S. 231; Staub, S. 329.

haben.[1]) Es muss das Geschäft abgeschlossen sein, welches der Auftraggeber begehrt hat. Bolze, Band 6, Nr. 494. Wenn der Mäkler sich bemüht, die Parteien das Geschäft abschliessen, aber nicht auf grund der Vermittlertätigkeit, so ist die Provision nicht verdient.

Wie ist es, wenn die Partei unter doloser Umgehung des Mäklers das Geschäft abschliesst? Bei dolus des Geschäftsherrn will eine verbreitete Meinung[2]) wegen der dolosen Umgehung dem Mäkler einen Lohnanspruch zubilligen. Aber, wie Riesenfeld nachweist,[3]) ist das nicht der richtige Weg. Denn es liegt keine wahre Bedingung, sondern eine Rechtsbedingung vor. Die Fragestellung ist falsch. Nicht nach dem dolus muss gefragt werden, sondern dem Kausalzusammenhang.[4]) Auch im Falle doloser Umgehung kann der Vertrag durch die Tätigkeit des Mäklers zu stande gebracht sein, und dann ist auch die Vergütung verdient. Ist aber der ursächliche Zusammenhang ausgeschlossen, so hat der Mäkler keinen Anspruch auf Schadensersatz aus dem Kontrakt; höchstens könnte ein Anspruch nach den §§ 823/826 in betracht kommen.[5]) Entweder erhält der Mäkler den vertragsmässigen Lohn oder gar keinen.[6]) Wenn der Geschäftsherr den Vertrag überhaupt nicht schliessen will, sei es dolos oder nicht, so hat der Mäkler keinen Anspruch auf Provision nach 652 BGB.[7])

---

[1]) Kuhlenbeck, Von d. Pand. z. BGB, S. 282; Jacusiel, S. 35.

[2]) z. B. Grünhut in Endemanns Handb., Band 3, S. 156; Kuhn, S. 238; Behrend, S. 416; Neubauer, S. 23: Kocholl bei Gruchot, Band 20, S. 407.

[3]) Riesenfeld, S. 540/41.

[4]) Jacusiel, S. 29, Motive S. 514: Es wird in einem solchen Falle zu prüfen sein, ob nicht ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Abschluss des Vertrages dennoch besteht. Riesenfeld, S. 847.

[5]) Matthias, S. 601, ebenso Motive.

[6]) Jacusiel, S. 29.

[7]) Schollmeyer, S. 40.

Umgeht der Auftraggeber des Unternehmers diesen und schliesst das Geschäft selbst ab, obwohl der Unternehmer sich redlich gemüht hat, den Erfolg zu erzielen, so liegt ein Umstand vor, den der Besteller zu vertreten hat, und der Unternehmer behält nach § 324 BGB den Anspruch auf die Vergütung.

§ 9. Endigungsgründe der beiden Verträge.

Wie jeder Vertrag werden Werkvertrag und Mäklervertrag beendet durch objektive und subjektive Gründe.

Die objektiven Beendigungsgründe der beiden Verträge sind:

1) Erfüllung der beiden Verträge;
2) Übereinstimmende Willenserklärung;
3) Unmöglichkeit der Leistung, z. B. Untergang des Vertragobjektes.

Die subjektiven Endigungsgründe sind: Die Ansprüche der Gelegenheitsmäkler und ebenso der Gelegenheitsunternehmer verjähren in 30 Jahren. Sind Unternehmer und Mäkler Kaufleute, so ist zu unterscheiden, ob ihre Tätigkeit für den Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgte oder nicht. Im ersteren Falle verjähren ihre Ansprüche in 4, sonst in 2 Jahren, § 196 BGB. Die Ansprüche gegen Unternehmer und Mäkler verjähren in 30 Jahren. Für Unternehmer kommen in betracht die Ziffern 1, 3, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 des § 196 BGB.

Der Tod einer der beiden Parteien beim Werkvertrag übt im allgemeinen auf die Verpflichtung der Gegenpartei nur Einfluss aus bei höchst persönlicher Leistung.[1])

Der Tod des Unternehmers beendet den Werkvertrag im Falle des § 675 673.[2]) Ebenso hebt der Tod des Mäklers den Mäklervertrag auf, weil der Vertrag mit Rücksicht auf die individuellen Eigenschaften des

[1]) Weyl, S. 460, Motive, Band 2, S. 504 flg.: Matthias, S. 597.
[2]) Riezler, S. 158.

Mäklers geschlossen ist.[1]) Der Tod des Bestellers hebt im Zweifel den Vertrag nicht auf nach § 675 mit 672 BGB.

Dagegen der Tod des Auftraggebers des Mäklers hebt den Vertrag auf, da ja der Vertrag nicht mehr durch ihn geschlossen werden kann.[2])

Wie der Tod wirkt auch die Geschäftsunfähigkeit.

Beim Tode des Unternehmers erwächst noch für den Erben die besondere Pflicht einer besonderen Anzeige und bei Gefahr im Verzuge der Fortsetzung der Besorgung des Geschäfts bis der Auftraggeber anderweit Fürsorge treffen kann.

Nicht ist Beendigungsgrund des Mäklervertrages für den Mäkler Konkurs des Mäklers. Auch für das Recht des ALR und das frühere Handelsrecht ist das anzunehmen.[3]) Der Mäkler wird durch den Konkurs nicht geschäftsunfähig, sondern nur die Verfügung über sein Vermögen wird ihm genommen.

An Stelle des Unternehmers könnte an und für sich der Konkursverwalter nach § 17 KO den Werkvertrag erfüllen und vom anderen Teil Erfüllung verlangen. In vielen Fällen wird es aber nicht möglich sein, sondern es gerade auf die persönliche Tätigkeit des Unternehmers ankommen. In diesem Falle ist eine

---

[1]) Planck, S. 398; Riesenfeld, S. 578; A. M. Oertmann, S. 378. Wenn Oertmann behauptet, dass in solchen Fällen, wo der Mäklervertrag mit grossen Handelsfirmen wie z. B. der Vermittelungsfirma „Israel Schmidt Söhne" geschlossen ist, die Erben deswegen in die Verpflichtung einträten, weil der Vertrag mit der Firma geschlossen sei, so kann ich mich dieser Meinung nicht anschliessen. Der Vertrag ist doch nur mit den einzelnen Inhabern der Firma geschlossen, die allerdings die Firma repräsentieren, weil der Geschäftsherr deren bewährte Tätigkeit kennt. Nicht aber treten die Erben ohne weiteres in den Vertrag ein. Eine andere Frage ist die, ob der Mäkler die Vermittelung Untervermittlern, Gehilfen u. s. w. übertragen kann. cf. § 4 der Darstellung, S. 24.

[2]) Ebenso Riesenfeld, S. 578; Jacusiel, S. 50; A. M. Düringer und Hachenburg, S. 285.

[3]) Neubauer, S. 31.

Beendigung des Werkvertrages eingetreten. Ist so die Nichterfüllung des Vertrages infolge der Konkurseröffnung eingetreten, so kann eine etwa schon gewährte Vergütung nach § 26 KO aus der Konkursmasse nur als gewöhnliche Konkursforderung verlangt werden, eventuell könnte nach § 59, Z. 3 eine Masseschuld vorliegen.

Im Falle des Konkurses des Geschäftsherrn kommt es darauf an, ob die Vermittelung einen Gegenstand betreffen soll, der zum Vermögen des Geschäftsherrn gehört. Dann ist der Vermittelungsauftrag nichtig. Denn der Konkurs entzieht dem Gemeinschuldner die freie Verfügung über sein Vermögen.[1])

Dagegen, wenn der Geschäftsabschluss lediglich die Person des Kommittenten betrifft, ist der Vermittelungsvertrag nicht beendet.

Gerät der Besteller in Konkurs, und war der Vertrag auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet, so ist nach § 23 KO der Werkvertrag ebenfalls beendet, wenn die Geschäftsbesorgung sich auf das Vermögen des Bestellers bezieht.[2]) § 23 verweist auf 672 Satz 2 und 674 des BGB. Der Unternehmer hat also die Besorgung fortzusetzen bis zur Möglichkeit einer anderweiten Fürsorge durch den Konkursverwalter. Zu seinen Gunsten gilt der Vertrag als fortbestehend, bis er Kenntnis von dem Erlöschen erlangt.

Wie schon an anderer Stelle erwähnt wurde, stehen Mäkler wie Geschäftsherr in jedem Stadium der Vermittelung frei da, und beide können daher den Vermittelungsvertrag zu jeder Zeit widerrufen.[3]) Das Widerrufsrecht des Kommittenten vor Abschluss des Vertrages kann auch durch concludente Handlung erfolgen. Nicht jedoch liegt schon „stillschweigender Rücktritt“ vor, bei blossem Untätigwerden des Mäklers.

[1]) Riesenfeld, S. 581: Neubauer, S. 30,
[2]) S. bei Riezler, S. 161, Beispiele.
[3]) Riesenfeld, S. 579, 580; Staub, S. 327.

Weder Unternehmer noch Besteller stehen bezüglich dieses Beendigungsgrundes so frei da. Der Besteller hat ein freies Kündigungsrecht nach § 649 BGB, solange das Werk noch nicht vollendet ist. Jedoch ist er verpflichtet, die vereinbarte Vergütung zu zahlen, und der Unternehmer muss sich nur das anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages erspart.

Im bisherigen gemeinen Recht ist von der herrschenden Meinung das freie Rücktrittsrecht verneint worden.[1]) Das sächs. BGB gewährt es. Dasselbe ist für das ALR anzunehmen, wenn dieses auch keine Bestimmung enthält.[2])

Dazu kommt noch das Rücktrittsrecht des Bestellers nach 636 BGB und das Kündigungsrecht des Bestellers nach 650. Der Unternehmer hat ein Kündigungsrecht nach § 643 BGB nur in einem einzigen Falle, nämlich dann, wenn er dem Besteller, dessen Tätigkeit bei der Herstellung des Werkes erforderlich ist, eine Frist gesetzt und die Handlung nicht bis zum Ablaufe der Frist erfolgt ist. Nach Ablauf der Frist gilt der Vertrag als aufgehoben.

[1]) cf. Weyl, S. 460, Motive Band 2, S. 502; Kuhlenbeck, v. d. Pand. z. bürgerl. Gesetzbuch, S. 380.

[2]) Dernburg, Band 2, § 199, S. 601.